Procurement Review Board of Canada

Commission de révision des marchés publics du Canada

1991

ANNUAL REPORT

Where facilities exist

Permanent paper used in the
body of this publication conforms
to ANSI Standard Z39 .48-1984.

Canola-based ink

Procurement Review Board of Canada
Chairman

La Commission de révision des marchés publics du Canada
Président

The Honourable Pierre Blais, P.C., M.P.
Minister of Consumer and Corporate Affairs
House of Commons
Room 356, Confederation Building
Ottawa, Ontario
KlA OA6

Dear Minister Blais:

Pursuant to subsection 22(1) of the *Canada-United States Free Trade Agreement Implementation Act,* I am pleased to submit to you, for tabling in Parliament, the third annual report of the Procurement Review Board of Canada. This report covers the operations of the Board for the year 1991.

Sincerely yours,

G.A. Berger

March 27, 1992

©Minister of Supply and Services Canada 1992

Cat. No. PR1-1991

ISBN 0-662-58876-2

93-02806/

Table of Contents

Chairman's Message 1

The Year in Review 11

Disposition of Complaints 11

Cases Decided Without a Written Determination 12

Cases Decided by Written Determination 14

Jurisdictional Issues 24

The Bid Solicitation and Contract Award Process 26

The Board's Mandate and Powers 28

How the Board Operates 30

The Organization 30

The Process 31

Appendix A, Summary of Complaint Activity, 1989 - 1991 34

Appendix B, Financial Statement 35

Appendix C, Board's Staff and Addresses 36

Chairman's Message

This is the third Annual Report of the Procurement Review Board of Canada. Since its inception on January 1, 1989, the Board has handled a modest but increasing number of complaints regarding federal government procurement under the Canada-U.S. Free Trade Agreement (FTA) and has done so, I believe, to the general satisfaction of all the parties. The Board has also received a growing number of complaints about other federal government contracts over which it has no jurisdiction.

In last year's Report, I indicated that work was proceeding to expand the mandate of the Board to cover these other classes of federal government contracts. This followed a speech by the Minister of Supply and Services, the Honourable Paul Dick, to the Aerospace Industries Association of Canada in September 1990 in which he indicated he was in favour of a general expansion of bid protest to cover all Department of Supply and Services (DSS) contracting and ultimately all government procurement.

Up to that point, there was a general belief that such an expansion could be easily provided for once the policy decision had been taken. In fact, I was told that subsection 21(2) of the *Free Trade Agreement Implementation Act* (*FTAIA* or the *Act*) was included for that very reason. Subsection 21(1) of the *Act* provides for Regulations for "*carrying out the purposes and provisions of this Part and for implementing Chapter Thirteen of the Agreement....*"

Subsection 21(2), on the other hand, states:

"21.(2) The Governor in Council may make regulations assigning to the Board powers, duties and functions in relation to any aspect of the procurement relating to contracts awarded or to be awarded by such departments or ministries of state of the Government of Canada or other bodies or offices as are prescribed by the regulations and respecting the exercise of those powers and performance of those duties and functions."

It had been thought this section could be used to expand access by Canadian companies to bid protest on procurements other than those covered by the FTA. However, there has now been an opinion given on that section to the effect that what the Government had decided and proposed and thought Parliament had approved has not been accomplished. Put simply, since section 3 states "*The purpose of this Act is to implement the Agreement ...*", subsection 21(2) cannot, according to the opinion, be used to expand the Board's mandate beyond FTA contracts. In effect, subsection 21(2) leads nowhere!

As a result, from the Board's perspective, the last year has been spent by the Government not only in dealing with the

consideration of how and when to broaden access by Canadian companies to bid protest, but also in focusing on the need for new legislation to bring this about, and what such legislation should contain, including any changes to existing powers of the Board and the remedies available to the parties.

As this Report is being written, the Government has announced that it will introduce legislation for the consideration of Parliament to provide for increased access to bid protest. In this regard, I understand it is the intention of the Government to propose that the new legislation also include the existing provisions of the *FTAIA* covering the current mandate of the Procurement Review Board.

During the above-mentioned deliberations, I have heard, directly and indirectly, a number of concerns expressed about bid protest in general and an expansion of Canadian companies' right to bid protest. These concerns reflect, in part, philosophical differences among the various players in public sector procurement about how such procurement should be carried out including the key issues of responsibility and accountability. After much reflection, however, and at the risk of sounding self-serving, I believe it is appropriate for me to use the occasion of the Annual Report to review the philosophy and operations of this uniquely Canadian bid protest system and, hopefully, in the process, deal with the concerns that have been raised. In particular, this is an opportunity for me to communicate directly with those persons involved in the procurement process whose only knowledge of bid protest heretofore has been apocryphal.

Complaints about the awarding of government contracts generally fall into four major categories:

1. The contract was awarded without competition when bids should have been sought.
2. Even if there was a competition, the specifications were so "wired" (such as being written around a specific product) that there really was not a fair competition.
3. Even where there was a "real" competitive and generic specification, the evaluation criteria were so unclear or unstated as to make contract award decisions problematic.
4. Even where there was a real competition with proper evaluation criteria, contracts were awarded on another basis, either deliberately or by mistake.

Canadian companies have long had access to an independent bid protest mechanism for all government contracts through the Federal Court of Canada. That more companies have not chosen this route should be of some concern because, I am led to understand, it reflects less on the time and costs involved than on what the private sector perceives might be the longer term outcome of the

exercise of its rights. The fear of retaliation is a common thread running through all of the contacts the private sector has had with me since January 1, 1989.

I would also like to say a word on the usefulness and effectiveness of informal protests to Ministers and officials. I think it is fair to say that many complaints to Ministers and officials are dealt with at that level to the satisfaction of all parties. At the same time, I also think it is fair to say that the majority of complaints that come to the Board have already been rejected at the departmental level. And finally, in some cases the simple filing of a complaint with the Board has resulted in a resolution between the parties and the consequential dropping of the complaint. This is not to say that these complaints were not dealt with seriously in the first instance. But what it does mean is that because of the division of responsibilities for procurement, even within the requisitioning or user department, it is often very difficult to get the total picture of a transaction. A bid protest inquiry by the Board is almost unique within the federal government in that the process puts a transaction and all the players involved in it under a concurrent review. In this regard, in all cases where the Board has found for the complainant, the government has not disagreed with the decision, once they had all the facts, even though initially they may not have been of that view.

The following four points contain the essence of the concerns I have heard regarding the expansion of bid protest to the Board beyond what is required by law or agreement.

1. The process is time-consuming and expensive and encourages frivolous complaints and delays with no corresponding benefit in terms of cost savings.

One must first put the extent of bid protest in context. In 1991, the Board received 34 protests but only 22 related to federal government contracts under the FTA, or less than one half of one per cent of this class of contracts. Of those 22 protests, less than one half resulted in a full written determination, the others being settled ultimately by the parties, rejected or withdrawn. Of the 10 which resulted in a full written determination, only four were filed before contract award, thereby resulting in Stop Award Orders. The other six were filed after contract award and therefore contract performance proceeded uninterrupted. In fact, because of the timing in publishing contract awards (which is commonly the time when a firm becomes aware of the grounds for a complaint), many contracts that are protested are substantially performed by the time the protest is filed.

Under the Board's Regulations, the Board must complete its work within 90 calendar days or 45 days when the Board agrees to a

request by one of the parties for the Express Option. In the three years of the Board's existence, the government has requested the Express Option only once. Furthermore, in 1991 the average time taken to decide those cases resulting in a determination was reduced to 66 days from 74 days in 1990.

With regard to cost, the system is required to be, and has therefore been designed to be, as simple and inexpensive as possible. Indeed, the Task Force on Service to the Public, a part of Public Service 2000, commented favourably on the Board's procedures in its Exemplary Practices in Service Handbook (unpublished). In 1991 the Board introduced a change to its "file hearing" process by having its staff circulate its preliminary Investigation Report to the parties for comment prior to presenting it and any related comments to the Board for consideration. This additional step, which demonstrates even greater transparency and fairness in the process, still takes place within the time limits specified in the Regulations. As well, it is noteworthy that, to date, the Board has not held, nor has it been requested to hold, any formal hearing. It has been able to resolve matters before it without putting the parties to the expense that a hearing would entail. This situation could change with an expansion in bid protest opportunities, resulting in larger and more complex cases.

With regard to encouraging frivolous complaints, the Regulations specifically provide for the dismissal of such cases. Further, any decision by the Board to accept a complaint which the government regarded as frivolous could be appealed to the Federal Court of Canada. Finally, in the three years of the Board's existence, the Board's decisions to investigate procurements have ultimately met no opposition on the basis that a complaint was frivolous. It it true that initially the government may not have agreed with the Board's decision to accept a case for review. But after all the facts were known by the government, it accepted the determinations of the Board.

On the issue of cost savings, there are several points to be made. In those cases where there were either unjustified sole source contracts or "wired" specifications, it has been estimated that putting the contract awardees in a true competitive situation could result in costs savings of from 10 - 25 per cent. The Auditor General of Canada, in his 1991 Report, stated that "*... significant price savings, in the range of 30 per cent, could be achieved if previously non-competitive contract requirements were competed where feasible.*"

There are costs associated with this process. However, they are essentially the

same costs that are spent in departmental contract quality control activities, audits by the Auditor General, and responses under the *Access to Information Act*. It should be remembered that, on average, the total cost of a procurement is made up of two elements — 95 per cent being the cost of the product or service and 5 per cent being the cost of procurement. Increases in costs relate to the 5 per cent; increases in savings relate to the 95 per cent!

2. The process of independent bid protest does not recognize the accountability of Ministers to Parliament and through it to the Canadian people for the conduct of procurement.

This is a very complex issue to deal with because, on a first pass through, the argument seems to hold at least some water. In the United States, where bid protest has been operating for over 60 years, there is a separation of powers where the executive does not sit in the legislature. In Canada, Ministers, including the Ministers of Supply and Services and Public Works, do sit in Parliament and are accountable and answerable to it and ultimately, and particularly at election time, to the Canadian people.

On the other hand, in matters of bid protest, the courts have commented on the discretion and accountability of Ministers. In 1980, Mr. Justice Dickson of the Supreme Court of Canada (as he was then) wrote, "Certiorari *is available as a general remedy for supervision of the machinery of government decision-making. The order may go to any public body with power to decide any matter affecting the rights, interests, property, privileges, or liberty of any person. The basis for the broad reach of this remedy is the general duty of fairness resting on all public decision-makers.*"[1]

More recently, Mr. Justice Strayer of the Federal Court of Canada said, "*the Minister and his officials in rejecting or accepting tenders performed administrative functions .... These are not broad policy functions involving unlimited discretion .... There is therefore attached a duty of fairness which courts can enforce by* certiorari."[2]

One could make the point that it is one thing to accept the jurisdiction of a court; it is another matter to submit one's actions to the review of an independent administrative tribunal. It is not for me to argue the place of an administrative tribunal within the machinery of the Government of Canada. On the other hand, to the extent that the Government had provided for a regime of bid protest to an independent tribunal, it is difficult to argue that Canadian companies should be prevented from having access to such a system but must, if they have complaints about a particular procurement that does not fit within the narrow band of contracts under the FTA, go to the time and

1 Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board, 1980, 1 S.C.R. 628.

2 Thomas C. Assaly Corporation Ltd. v. Her Majesty the Queen and The Minister of Public Works (unreported) March 19, 1990 F.C. T-720-90 and recently referred to in Cegeco Construction Ltée c. M. Gilles Ouimet et Le Ministre des Travaux Publics du Canada (unreported) November 19, 1991 F.C. T-2733-91.

expense to file a notice under section 18 of the *Federal Court Act* requesting a remedy. Surely, not to provide for such a system, at least as an option, would, in my view, send out the wrong signals to the Canadian business community and the Canadian public about the nature of Canadian public administration. In this regard, it should be remembered that under the current legislation, companies can, for example, protest a $150,000 contract for personal computers for the Department of External Affairs but not for the Departments of National Defence, Communications, Transport, or Fisheries and Oceans. While bureaucrats may understand that this situation results from negotiations on coverage that took place during the 1970s within the GATT, it is difficult to explain this to Canadian companies who believe they have not been fairly treated.

Under the current legislation (and I would hope any future legislation), the accountability of Ministers (and through them, their officials) is reflected in a very significant way. While the Board may order the payment of costs, it has the ability only to recommend a remedy, such as retendering or the payment of compensation which, under the *FTAIA* the government shall "*... endeavour to implement ... to the greatest extent possible ....*" It is up to the Minister concerned to accept or reject such a recommendation and to be held accountable for such a decision both at the time of the decision as well as at the time of tabling the Annual Report of the Board in Parliament. The reasons for this are many and include the fact that certain recommendations of the Board may ultimately be difficult if not impossible to implement. For example, the Board could recommend retendering but circumstances may have changed and the Department may have decided to cancel the procurement altogether. Under the *FTAIA*, the Board is required to indicate which recommendations have not been accepted by the government and the reasons why not.

3. The process of bid protest, because of fears of making mistakes which could receive public attention, would discourage delegation, decentralization and empowerment, major concepts of the Public Service 2000 program.

I believe there are no contradictions between pursuing PS 2000 objectives such as delegation, decentralization and empowerment on the one hand and other PS 2000 objectives such as service to the public (which in my view encompasses bid protest by suppliers) on the other. The exact opposite is true!

As I understand the argument, there is a view that what should be encouraged are initiatives that would see administrative decisions including procurement being taken at the local level by persons directly responsible. For example, assume that a hypothetical research institute in Medicine Hat requires a piece of scientific equipment.

The director of the institute would have a description of the equipment prepared which would be given to the chief of administration for procurement action. The argument continues that requiring the chief of administration to know and follow all the rules dealing with competitive and non-competitive purchasing, some of which are regarded as being complicated and confusing, could result in mistakes or alleged errors, which could lead to a bid protest. The net result is that departments would find it safer not to "delegate, decentralize or empower", thereby negating the benefits of PS 2000.

On the other hand, if someone is given authority to do something, then that person must be held accountable for his or her actions. As the Federal Court of Canada stated, there is a duty of fairness which must permeate these administrative functions. The undertaking of responsibility requires that there be rules, training, and audit. It is true that the rules governing competition under the GATT and the FTA, to which the Government of Canada has subscribed, are more stringent and therefore different from the rules governing the vast bulk of government purchasing. But these rules only apply to fewer than 5000 contracts out of the hundreds of thousands of contracts awarded by the Government of Canada each year!

A point which should be remembered is that in cases decided in favour of the complainants, the Board has detected a disquieting phenomenon. In the "tradeoff" between convenience to government employees (often involving extra costs to taxpayers) on the one hand and fairness to suppliers (and perhaps savings to taxpayers) on the other hand, convenience generally wins out. Therefore, bid protest is a way of stimulating empowerment in a significant manner.

4. Even if one could accept bid protest for goods, it would be questionable to use for services where it is difficult to describe precisely what one wants.

The vast bulk of service contracts are currently open to competition on the basis of descriptions of requirements and clear decision criteria. It is only in the area of personal services contracts where the requirement is to engage someone to perform a service rather than describing the specific service itself where one enters the world of subjective judgement.

In the bid protest system in the United States, there has not been a problem in dealing with service contracts. In addition to the fact that the awarding of such contracts is currently "appealable" to the Federal Court of Canada, one cannot justify their exclusion from a more simplified system of bid protest on the basis of difficulty in describing requirements, establishing decision criteria and conducting fair competitions.

The importance of improvements in the awarding of government contracts, particularly in providing for more competition, was mentioned earlier. I think it is important to highlight this area.

In his recent Report, the Auditor General stated that DSS awarded $8 billion worth of contracts (both goods and services but not construction) of which $3 billion were awarded non-competitively. The Public Accounts of Canada indicate the total value of all federal government purchasing for goods, services and construction is in the order of $16 billion.

If one extrapolates the same percentage of non-competitive versus total contracts as with DSS contracts, there could be in excess of $6 billion of non-competitive contracts awarded annually by federal government departments and agencies. If one assumes that by having a policy of Open Bidding plus a mechanism such as the Procurement Review Board through which companies could, among other things, challenge non-competitive or sole source procurements and this results in 10 per cent of the dollars being moved into true competitive situations, with reductions in price of 25 per cent (the Auditor General used 30 per cent), we are talking of potential cost savings of upwards of $150 million a year! (And that does not include savings from contracts where the specifications were previously "wired" or which were awarded to other than the lowest responsive bidder.) The cost of operating the Board plus whatever additional costs departments might incur appear small in comparison with what I believe is within the Government's grasp. And even if the savings are only $100 million, that's still a lot of money!

In a way, one can view this exercise in the context of the Government's efforts to privatize, in this case the audit of specification writing, tendering and contract award by leaving it to the private sector to highlight potential problems and opportunities.

Governments, at all levels, have long known about the potential savings of reducing sole source procurements and tackling the problem of "wired" specifications. For example, the Study Team Report on Procurement to the Task Force on Program Review in 1985 highlighted the potential savings of $100 million from eliminating unjustified non-competitive purchases by DSS on behalf of its customer departments. As mentioned earlier, the Auditor General spoke about savings of 30 per cent. But there has always been the problem of implementing such a program, involving as it does both DSS and its customer departments for certain procurements and all government departments for the contracts they award. In my view, the private sector can play a major role in realizing these savings, and, in the process, help itself to become more innovative and competitive. As I stated in a protest decision

last year, "*... the Board believes that the policy that imposes competition should not be easily thwarted by an internal government judgement about what the private sector can or cannot do.*"

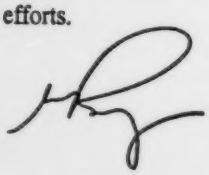
This is not to say that the government, perhaps with the encouragement of the Board, cannot initiate actions to reduce sole source procurements. In its first written determination (LANsPLUS, January 18, 1990), the Board commented on the fact that, at that time, there was no means to permit "*...other potential suppliers to come forward* [in a timely manner] *to test the rationale for 'sole sourcing'. The Board concludes that had that been allowed to happen, a competitive procurement could have taken place.*" The Board recommended that DSS "*review its policies and procedures with respect to publishing notices of single source procurements....*"

I am pleased to note that during 1991, DSS implemented a program to publish Advance Contract Award Notices (ACANs) for all sole source procurements under the FTA and GATT and on a selective basis for certain procurements conducted under Open Bidding including services and research and development contracts. Not only has this provided increased transparency and fairness, but it has also resulted in new business opportunities as well as actual and potential savings to government.

I would like to conclude by thanking the Minister of Supply and Services, the Honourable Paul Dick, and his officials for the support they have given to the work of the Board. It is obviously not enough to say you believe in openness and fairness. These people have, so to speak, "put their money where their mouth is" and have played an outstanding leadership role.

I would again like to congratulate and thank the Board's staff for its most professional efforts. This year, my own views in this regard (and that of the PS 2000 Task Force on Service to the Public) were backed up by a Board-commissioned survey of companies involved with the Board in one capacity or another, the results of which were most positive and gratifying.

I would particularly like to note the contribution of the Board's former General Counsel, Ronald Williams, Q.C., who retired from government service at the end of the year. He played a key role in helping the Board in its formative period and I want to thank him publicly for his efforts.



G.A. Berger
Chairman

The Year in Review

Disposition of Complaints

All complaints initiated with the Board are registered as active cases until such time as they are dealt with and considered "closed". Cases may be closed for several reasons and at any time after their receipt by the Board. Cases which are closed can be listed under either of two categories. The first category covers those cases decided by the Board without a written Determination. The second category contains those cases accepted, investigated and decided by written Determination of the Board. Table 1 is a tabulation of the 39 cases which were closed during the year (including those carried over from the previous year) and the nature of their disposition. A synopsis of all cases can be found immediately following this tabulation:

Table 1 - Summary of Complaint Activity

Category 1: Cases Decided Without a Written Determination	
Complaints abandoned or withdrawn by complainant during the filing process	5
Complaints solved between parties	1
Complaints dismissed because they dealt with procurements falling outside of Board's jurisdiction	12
Complaints dismissed because of late filing	2
Complaints dismissed because they lacked a valid basis	4

Category 2: Cases Decided by Written Determination	
Complaints not sustained because they lacked a valid basis	3
Complaints not sustained because complainant was not a potential supplier	2
Complaints sustained on their merits	10

Cases Decided Without a Written Determination

Abandoned or Withdrawn Complaints

Sometimes complaints are received which lack sufficient information to permit them to be considered complete and thus properly filed. In three such cases, attempts to obtain further information failed. After a reasonable amount of time had lapsed, these complaints were then considered to be abandoned before filing.

Two complaints were withdrawn by the complainant. One was withdrawn as a result of further information obtained from the government by the complainant; a second, because of an internal decision by the company.

Solved Between Parties

A complaint was withdrawn by the complainant when the alleged restrictive specification was revised by the responsible contracting agency in conjunction with the client department, thus eliminating the basis of complaint.

Lack of Jurisdiction

In 12 cases, the Board decided it did not have jurisdiction to hear the complaints. Four of these related to procurements having estimated values exceeding the upper threshold of $210,000, and three related to procurements having estimated values below the lower threshold of $31,000. (For the two-year period commencing January 1, 1992, the thresholds have been reduced; the lower one to $29,000 and the upper one to $204,000.)

One complaint related to a procurement for certain goods being purchased for the Royal Canadian Mounted Police which are excluded from coverage by the Canada - United States Free Trade Agreement (FTA).

Finally, four complaints related to procurements that were for service requirements and, therefore, are not covered by the FTA.

Late Filing

In two cases, the Board did not accept complaints for investigation because they were received after the expiry of the time limit allowed for filing. In one case, even though the time limit for filing a complaint was emphasized during three separate communications with Board staff, the complaint was received by the Board one and a half months after the complainant knew about the alleged discrepancy. No attempt was made to show good cause as to why the complaint was not filed earlier. After examination, the Board rejected the complaint as being late.

The second case related to a procurement which was the subject of an Advance Contract Award Notice (ACAN). An ACAN is a notice of government intent **to solicit a bid and negotiate with only one firm**. It is not a competitive bid solicitation notice but it provides potential suppliers an opportunity to make their particular capabilities known to the government. This procedure, introduced by the Department of Supply and Services (DSS) in July 1991, responds to a recommendation made by the Board in January 1990 and aims to provide increased visibility of government actions and to promote greater competition. Although an ACAN is not a notice of open bidding, the government must deal fairly with the representations it generates.

In this case, the complainant filed its complaint some two months after the publication of the ACAN in Government Business Opportunities (GBO), the official publication for Canada to serve notices under the FTA. The Board determined that the complaint was late because the complainant should have known the basis of the complaint at the time the ACAN was published.

Lack of Valid Basis

Four complaints which lacked a valid basis were received. The first complainant alleged that it was not contacted directly about the commencement of the procurement and that it was never advised of the change in policy (i.e., that suppliers have to request bid packages on procurements covered by the FTA as opposed to the government automatically sending bid packages to companies on source lists). This procurement was advertised in the GBO as a free trade procurement and there was no indication that the conduct of the procurement was contrary to the FTA. Individual notification is not permitted under the provisions of the FTA for open or selective tendering, as mentioned in the Blowey-Henry case (Board File No. E90PRF6638-021-0002).

The second complaint was that an issue of the GBO (in which appeared a certain Notice of Proposed Procurement) was not received by the complainant, even though they subscribe to the publication. The Board found that there had been no unusual occurrence in the production and distribution of that issue of the GBO nor were any alleged that are attributable to the government. The Board indicated that a supplier that fails to receive a particular issue of the GBO is not without recourse or responsibility in bringing the situation to the early attention of the government for resolution in the same way as one would contact the Circulation Department of a newspaper if the morning paper did not arrive. And here, we are talking of potential business opportunities! This was not done in this case. In the circumstances, the complaint was dismissed as having no valid basis.

The third complaint related to the lateness of a bid that was given to a courier four days

in advance of bid closing. The bid could not be delivered to the Bid Receiving Unit (despite two alleged attempts being made before bid closing) due to the inability of the courier to cross a picket line set up by striking federal government workers. The Board noted that a number of options (mail, Telex, facsimile) were open to the complainant to submit its offer, which selection must be the responsibility of the bidder. The Board determined there was no indication that this procurement had not been carried out in accordance with the procurement policies, practices and procedures of the Government of Canada in that the procedure for the acceptance of bids was followed in a consistent manner. The responsibility for the timely delivery of submissions rests with suppliers. The permissible exceptions to this rule did not apply in this case.

The last complaint related to the application of a 10 per cent penalty to the bid price for evaluation purposes only, for failure to provide the required certification of Eligibility of Goods with the offer. The Board determined that failing to properly read or ignoring clear instructions by the government in its solicitation document is not a valid basis of complaint. A more complete discussion of this issue is found below under the heading "Eligible Goods".

Cases Decided by Written Determination

Sole Source

The following eight cases all dealt with aspects of sole sourcing, as follows:

A complaint was filed by Environmental Growth Chambers, Ltd. (D90PRF6631-021-0017) and another by Enconaire (1984) Inc. (D90PRF6631-021-0018), both of Winnipeg, Manitoba, concerning a procurement by the National Research Council (NRC) of Canada for the lease of one environmental growth room and two environmental growth chambers.

At the customer department's request, DSS commenced a competitive procurement action to meet the requirement. Only hours before bid closing, DSS received a notice from NRC cancelling their requisition. DSS concluded that the requirement no longer existed, published a notice of cancellation in the GBO, and closed its file. In the meantime, the complainants both learned that an order for exactly the same equipment had been received by one of their competitors from the Saskatchewan Economic Development Corporation (SEDCO). This equipment was to be installed in a building owned by SEDCO

on the campus of the University of Saskatchewan and where a portion of NRC's Plant Biotechnology Institute (PBI), the end-user, is located.

The complainants contended that NRC-PBI had decided to cancel its open solicitation and attempted to acquire the equipment on a sole source basis through their landlord, thereby depriving the complainants of a fair opportunity to compete for this government need.

Determination

The complainants prevailed. To conduct or attempt to conduct concurrently two different procurement actions to fill the same requirement, one by an open competitive purchase and the other secretly by lease on a sole source basis using a different procurement agent for each action, is unfair to bidders and exposes them to risks beyond the normal business risks of fair competition.

Further, noting that NRC pursued a sole source procurement without meeting the justification requirements of Article V:16 of the GATT Code with respect to single tendering, the Board found that NRC failed to provide all potential suppliers with an equal opportunity to be responsive to their requirements in the tendering and bidding phase.

Awards

The Board awarded the complainants reasonable costs relating to the filing and proceeding with their complaints and those incurred in the preparation of their bids.

Recommendations

The Board recommended that NRC cancel its plan to enter into a sole source lease for this equipment. The Board further recommended that should the requirement continue to exist, NRC conduct the procurement in accordance with the provisions of the FTA and the GATT Code on Government Procurement.

Status

NRC has indicated its intent to issue a new requisition to DSS to proceed with this procurement in accordance with the provisions of the FTA and the GATT Code.

A complaint was filed by Enconaire (1984) Inc. (E90PRF6601-021-0020) and another by Environmental Growth Chambers, Ltd. (E90PRF6601-021-0021), both of Winnipeg, Manitoba, concerning a procurement by DSS of four environmental growth chambers for use by the Department of Agriculture.

The complainants alleged that by sole sourcing this equipment, which they too could have supplied, DSS deprived them of an equal opportunity to be responsive to the requirement.

Determination

The complainants prevailed. The Board found that the procuring entity failed to provide all potential suppliers with an equal opportunity to compete for this business opportunity. Indeed, DSS allowed the procurement to be sole sourced without being in a position to determine whether the conditions under which the requirements for competitive tendering need not apply, had been met. In this case, the government invoked the need for compatibility to go sole source. The Board indicated that the relevant sole source test in GATT in this case deals with interchangeability, a notion different from that of compatibility, but more importantly, the Board emphasized that, under the FTA, competitive solicitations are the norm and that the true requirement is for the government to demonstrate the case for sole sourcing, not the reverse.

Awards

The Board awarded the complainants their reasonable costs relating to the filing and proceeding with their complaints.

Recommendation

Cancellation of the procurement action was recommended and, if the requirement continues to exist, it should be open to competition in accordance with the provisions of the FTA.

Status

DSS was unable to cancel this procurement action since the contract had been completed and the goods requested had been delivered to and accepted by the client department. However, as a result of these decisions, the government informed the Board that it has initiated work with the industry to develop a standard for these kinds of products which would promote greater competition in sourcing future requirements.

A complaint was filed by Enconaire (1984) Inc. of Winnipeg, Manitoba (E90PRF664Y-021-0019), concerning a contract awarded by DSS for the acquisition of growth chambers, a reach-in cabinet and an incubator (the latter item is not the subject of the complaint) for the Department of Forestry. The complainant alleged that DSS, in proceeding on a sole source basis, deprived the complainant of an equal opportunity to compete for this contract.

Determination

The complainant prevailed. The Board found that the requirement was pursued on a sole source basis without the procuring entity being in a position to determine whether the conditions under which the requirement for competitive tendering need not apply, had been met. Indeed, the Board found that the government took lightly its responsibility to assess whether or not a real case for sole sourcing existed and concluded that in the absence of expending the effort required to hold a competition, the government ultimately relied on "convenience" as the rationale for sole sourcing. This deprived potential suppliers of an opportunity to win this requirement.

Award

The Board awarded the complainant its reasonable costs of filing and proceeding with the complaint.

Recommendations

Cancellation of the procurement action for the reach-in cabinet that was the subject of the complaint was recommended. Should the requirement continue to exist, it should be open to competition in accordance with the provisions of the FTA. Furthermore, the reasoning that supports this determination, with respect to the reach-in cabinet, applies equally to the procurement of an incubator, and as such, the cancellation and reprocurement action include the incubator.

Status

DSS was unable to comply with the Board's recommendation to cancel this procurement action since the contract had been completed and the goods requested had been delivered to and accepted by the client department.

Two complaints were filed by Trenton Textile Mills Limited of Trenton, Ontario (D91PRF6621-021-0021 and F91PRF6621-021-0024), concerning the award by DSS of contracts for the supply of fabric to be incorporated in the production of furniture by CORCAN Industries (CORCAN) of Correctional Service Canada (CSC). Their complaint was that since they felt they could manufacture the fabric required, they believed that the contract awardees were not the "sole source", and that they would like to be considered as a supplier for fabrics which may now be listed as sole source.

Determination

The complainant prevailed in both cases. The Board noted that the procuring entity had significant latitude in defining its needs in a generic manner, including the use of raw materials lists, as was the case in these instances. To jump from such a process,

however, to stating that only one firm can meet the need and to go sole source on that account cannot be readily supported. If one is to resort to sole source, a proper justification must exist and its use be applicable. In the two cases above, the Board found that the justifications invoked were unfounded. Given that they deal with raw material and not products or parts thereof, a requirement of the GATT Procurement Code, the justifications were, in addition, not applicable.

Award

The Board awarded the complainant its reasonable costs relating to the filing and proceeding with the complaints.

Recommendation

The Board recommended that future requirements for these goods, in similar circumstances, be open to competition in accordance with the provisions of the FTA.

Status

The Department of Supply and Services and CORCAN (Correctional Service Canada) have reviewed the procurement process for CORCAN's production operations, and discussions have taken place respecting the need for upgraded purchase descriptions to permit qualified bidders to compete. DSS and CORCAN are working together in this regard.

A complaint was filed by Waters Chromatography Division of Millipore Canada Limited of Ville St-Laurent, Québec (E91PRF6601-021-0022), concerning the procurement of a complex laboratory instrument for the Department of Agriculture. The complainant alleged that although the procurement was being conducted in a competitive atmosphere, the specifications were written to create a "lock-out" competition which could be won by only one company.

Determination

The complainant prevailed. The Board found that the specification was designed to produce a pre-selected result, thereby failing to provide all potential suppliers an equal opportunity to be responsive. The evidence disclosed ample proof that what actually went on in this procurement was a pre-competition held by the client department, in private, in the course of assessing what the market had to offer that might meet their needs. Knowing their needs intimately, the end-user assessed the market with a critical eye and went straight to the conclusion that they had found the product that best met those needs. They got a price quotation and then instructed DSS to acquire it. When faced with the requirement to conduct an open competition, they went along with that and prepared a specification with a large number of mandatory requirements set up mainly in

terms of particular features of the product they wanted where alternate generic requirement descriptions were possible. The Board stated that preliminary or private competitions, of the sort conducted here, are prohibited. Competitions are required to be fair and open with all terms and conditions being transparent. They are not to be conducted in private, and should not be a mere formality with the true expression of actual needs and the justification for mandatory requirements prepared later on after a complaint has been filed.

Awards

The Board awarded the complainant reasonable costs of filing and proceeding with the complaint, as well as costs of preparing and submitting its bid.

Recommendation

The Board recommended that the procurement be subject to a new competition after a specification was prepared that accurately reflected the real needs of the Department of Agriculture.

Status

DSS has requested the Department of Agriculture to prepare a detailed specification with a view to a new competition for the requirement.

Discussion - Sole Sourcing

All the above cases substantially deal with the issue of the proper and justifiable use of sole sourcing or single tendering. Given the importance and frequency of the use of sole sourcing, its far-reaching impacts on price, managerial and technological competitiveness, and the many complaints it generates, the Board, in its Determination of 28 January 1991 (E90PRF6601-021-0020, Enconaire, E90PRF6601-021-0021, Environmental Growth Chambers) went to great length to explain its understanding of the requirements of the Free Trade Agreement and the GATT Code on this point.

In summary, the Board emphasized that competition is the norm under both the FTA and GATT. The provisions for single tendering are few: (a) no response to open or selective tendering; (b) protection of exclusive rights; (c) extreme urgency; (d) additional deliveries by original supplier intended either as parts replacement or as extension of existing supplies or installations where a change of supplier would compel the entity to procure equipment not interchangeable with existing equipment; and (e) prototypes, research, experiment, study or original development. These provisions are tightly circumscribed and can only be used in exceptional circumstances, but never with the intent to avoid maximum possible competition.

Clearly, the sole source/single tendering justifications spelled out in the GATT Code Article V, paragraph 16 (a) to (e) have been expressly designed as exception rules and, in the Board's opinion, they should only be used accordingly. It is true that significant differences exist between reasons justifying single tendering under the FTA and GATT rules and similar reasons supporting sole sourcing for other procurements made by the Government of Canada and not covered by these Agreements.

This double regime could explain some of the confusion that exists in this area. It should be stressed, however, that under both regimes, competitive procurement is the norm and the Board has found, in most cases brought before it, that client preferences or administrative convenience better characterize the justifications invoked to go sole source. Recourse to single tendering should, however, only be used as a last resort with full justification, and even then, such actions should be made transparent and put to the test of Advance Contract Award Notices.

The Board believes that the policy that imposes competition should not be easily thwarted by an internal government judgement about what the private sector can or cannot do, and there is a significant difference in price when there is competition as opposed to going sole source — up to 30 per cent according to the latest Report of the Auditor General of Canada.

Make-buy

Two complaints were filed by 99M Corporation (E91PRF6633-021-0011 and E91PRF6633-021-0012) of Markham, Ontario, concerning two contracts awarded on a sole source basis by DSS for input/output voice expansion boards for the Department of National Revenue (Taxation).

The complainant alleged that it was not given a fair opportunity to compete for these requirements even though it is an experienced value-added reseller of this equipment. The complainant later clarified the basis of its complaints, stating that it was not its intention to challenge the right of DSS to purchase hardware directly from the contract awardee, Dialogic Corporation. Rather, the complainant was concerned with the way the voice expansion boards would be utilized by a government department both as a system developer and end-user. In other words, the complainant found it unfair for the government to compete with the private sector.

Determination

The Board found that Dialogic Corporation supplies its products to customers but does not permit them to resell these products unless they contain a value-added component. As the Department of National Revenue is, in this case, its own system integrator, DSS went sole source to Dialogic to fill this need. Since the government's

requirements were for the input/output boards only, without any value being added, the Board determined that the complainant was not a potential supplier, i.e. an actual or prospective bidder for the goods required, and for this reason dismissed the complaints as is required under section 15 of the *FTAIA* and subsection 2(2) of the Regulations.

Handling of Bids

A complaint was filed by Fine Tool & Die Inc., Scarborough, Ontario, (E91PRF66W-021-0013), concerning a procurement conducted by DSS for aircraft bolts for the Department of National Defence.

The complainant contended that its bid was mishandled by DSS, three pages were missing, and also that DSS had informed it that blueprints, necessary for providing the proper guidelines for manufacturing the bolts, were not available.

Determination

During the investigation into this complaint, the complainant sent a letter to the Board indicating that insofar as the first part of its complaint was concerned, an accommodation had been reached with DSS allowing the complainant to supply a "...certified true copy of that transmission...." The complainant confirmed to the Board that it was withdrawing that part of its complaint. With respect to the second part of its complaint, the Board determined that the allegation dealing with the lack of blueprints related to events that had not yet occurred, i.e. the award of the contract, and did not deprive the complainant of a fair opportunity to bid. The second part of the complaint was dismissed as having no valid basis in the circumstances.

Eligible Goods

A complaint was filed by Buntin Reid Paper of Ottawa, Ontario (D91PRF66W-021-0010), concerning a standing offer to be awarded by DSS for the supply of white paper for the Department of National Defence.

The complainant contended that DSS unjustifiably applied a 10 per cent penalty to its bid. It was applied because the "Statement of Eligible Goods" form was not filled out and returned with the bid. The complainant had indicated "0" foreign content on the front page of the proposal. The Request for Standing Offer contained a clear warning on the failure to complete and return the form, stating that goods would be considered "non-eligible". The consequence of "non-eligibility" is that a 10 per cent penalty is added to the bid price for evaluation purposes.

Determination

Although the Board noted some problems with the clarity of the solicitation documents, it determined that by ignoring the notice, the complainant put itself at some risk. The complainant argued that the contracting officer could have safely assumed that the goods were of Canadian origin. The Board, however, concluded that DSS is not obliged to assume anything and had indicated so clearly

by insisting on a signed declaration of eligibility of goods in the Request for Proposal. Further, in the Board's opinion, it is the responsibility of the bidder to declare what the status of the goods is, particularly in an increasingly more global trade environment where the trade status of goods is so variable. Finally, the information on the eligibility of goods must be certified because it is a criterion within the FTA, and it must be demonstrated to Canada's partner that the rule is being consistently applied, and it may be necessary if enforcement action is ever required. The contracting officer applied the rule in a consistent and correct manner. Upon examination, the Board dismissed the complaint as it did not disclose a valid basis.

A complaint was filed by Jean Pierre Hamel Packaging Inc., Ottawa, Ontario (D91PRF6666-021-0014), concerning a contract to be awarded by DSS for mailing wrapper, corrugated selfseal fibreboard.

The complainant alleged that it was unfair to handicap its bid price by a 10 per cent factor as it did not see the "Statement of Eligible Goods" form in the bid solicitation package, but had filled the box on the front page of the Request for Proposal to indicate that there was "0" foreign content in its product. Furthermore, the product it offered is manufactured by a 100 per cent Canadian company.

Determination

The policy of DSS is to treat all suppliers who do not complete the form 4079 — Eligibility of Goods — and who do not submit it with their bid, as offering non-eligible goods of foreign origin. The consequence of having their goods thus considered is that a 10 per cent penalty is added to the bid price for evaluation purposes. The Board determined, as in the Buntin Reid case above (D91PRF66W-021-0010), that the complainant was given a reasonably clear warning of the need and importance to fill out and return the form along with its bid. By ignoring such direction, the complainant put itself at risk. The Board, therefore, dismissed the complaint as having no valid basis.

Evaluation of Bids

A complaint was filed by Nico-Arret Inc. of Montréal, Québec (E91PRF6641-021-0003), concerning a contract awarded by DSS for hand-held Canadian flags for the Department of the Secretary of State.

The complainant alleged that the reasons for rejecting its bid were unjustified and irresponsible since its offer was substantially lower than that of the contract awardee. Although its pre-award samples were not to specifications, the complainant contends it had specified that a finished product could be available within four days.

Determination

The complainant prevailed. The issue in this case turns upon the significance of the government having fixed **mandatory** requirements and then exercising an uncontrolled discretion on an unannounced basis to reject one bidder and then, through the inconsistent application of that discretion, to give three other bidders a second chance. The Board is of the opinion that this contract should never have been awarded since if all four firms had been treated equally and according to the conditions stated in the Request for Proposal, none would have been declared responsive.

Awards

The Board awarded the complainant its reasonable costs relating to the filing and proceeding with this complaint. Since the complainant was excluded from the second chance afforded the three other bidders, the Board further awarded the complainant its reasonable costs relating to its bid preparation, thereby putting it in the position it was in before this procurement began.

Recommendation

As the goods had already been delivered, the Board did not recommend cancellation of this contract.

Pre-solicitation Notice

A complaint was filed by Waters Chromatography Division of Millipore (Canada) Limited of Mississauga, Ontario (E91PRF6631-021-0002), regarding a contract awarded by DSS for scientific equipment (High Performance Liquid Chromatography) for the National Research Council of Canada.

The complainant contended there was no opportunity to bid on this requirement as it was never advertised in GBO, and yet DSS had awarded a contract.

Determination

The complainant prevailed. The inadvertent initiation, conduct and completion of a competitive procurement action without the appropriate notice having been given in the official publication for such procurement resulted in a violation of the FTA Chapter on Government Procurement. The Board found that by failing to publish a Notice of Proposed Procurement in GBO and by awarding a contract in relation to the procurement, DSS failed to provide all potential suppliers an equal opportunity to be responsive to the tendering and bidding phase.

The facts in this case indicate that a competitive action was launched inadvertently due to a system error. When this was brought to the department's attention by the complainant, they offered apologies but decided to let matters take their course. The Board could not easily accept that a potential supplier, who had made known its interest in bidding on this requirement some months before, be thus deprived of such an opportunity without compensation. In this

case, the Board noted that there were many contingencies that stood between the high likelihood that the complainant would have bid and the unknown likelihood of its winning the contract.

Would the complainant's bid have been responsive? If yes, would the complainant have been the lowest bidder? How many other bidders would there have been if a proper notice had appeared? What profit, if any, would the complainant have made, assuming it had won? The number of contingencies and the lack of any real way of knowing how these might have turned out, is such that it is not possible to determine with any assurance those probabilities.

Award

The Board awarded the complainant its reasonable costs relating to the filing and proceeding with the complaint.

Recommendation

In the circumstances, the Board concluded that the complainant was entitled to nominal damages only and established those at $450, being equivalent to the value of a year's subscription to the GBO which is, after all, a known cost the complainant incurred to obtain something which, in this instance, the government's error rendered useless to them.

Status

The compensation has been paid.

Jurisdictional Issues

During its third year of operation, the Board encountered several issues relating to the interpretation of Part II of the *FTAIA* and associated instruments. In all cases, the issues dealt with subjects which questioned the Board's jurisdiction in certain situations. A summary of these developments is included in this Report.

Procuring by Means of Agents

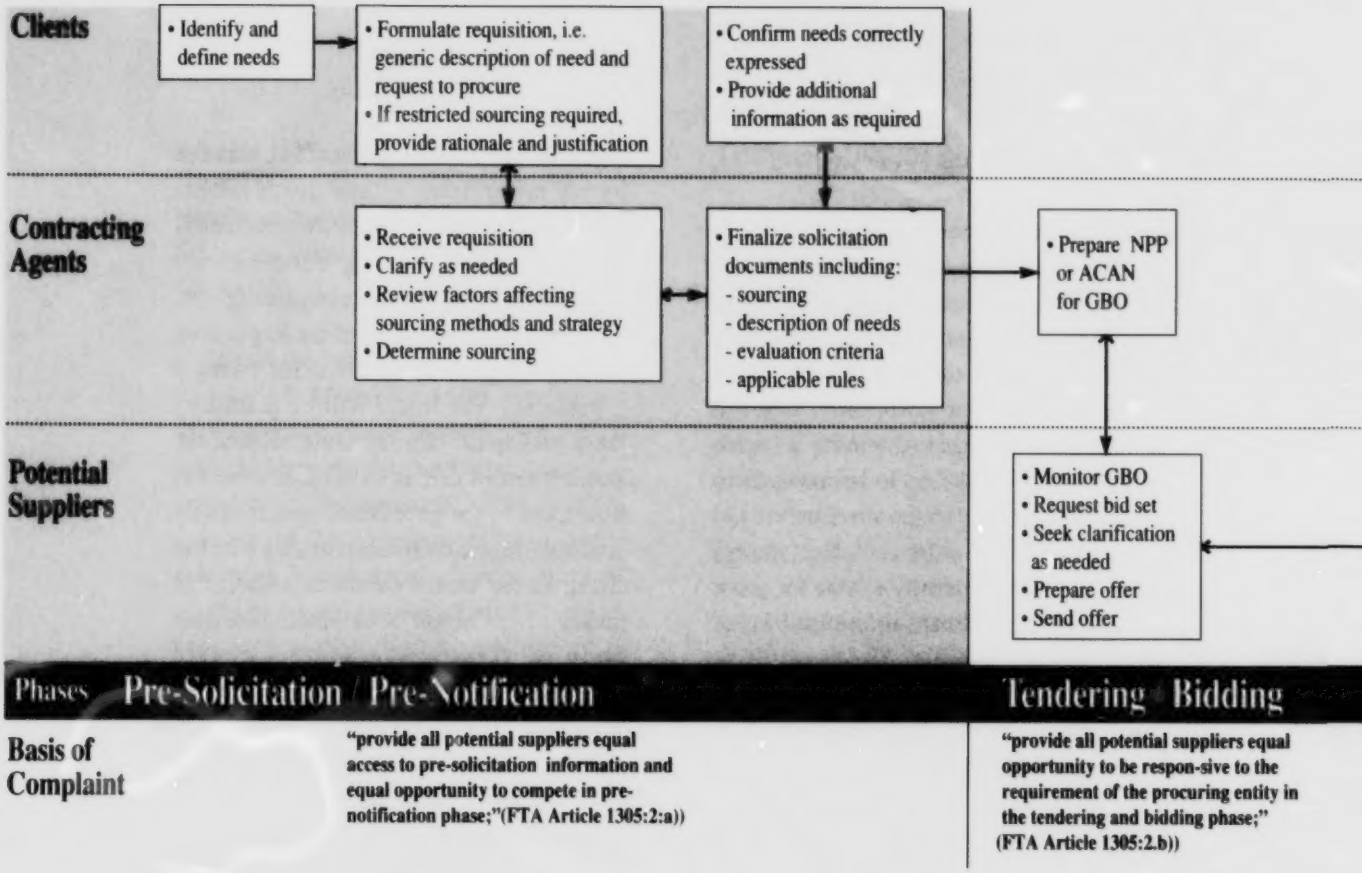
An issue arose surrounding the jurisdiction of the Board in connection with complaints No. D90PRF6631-021-0017 and No. D90PRF6631-021-0018. In these cases, representation was made that, since the procurement action complained about had been initiated by SEDCO, a provincial Crown Corporation, the Board had no jurisdiction. The Board noted that, in this case, the National Research Council (NRC) was the governmental institution attempting to fulfil its need and that the NRC is a covered entity for Canada as identified in Annex 1304.3 of the FTA. The consequence is that all of its goods procurements that come within the scope of the Agreement must be carried out in the manner prescribed therein. The fact that the NRC used a non-federal government agent does not, in the Board's opinion, absolve in any way the governmental institution from the obligation to comply with the FTA.

Procuring by Means of Leasing

A secondary jurisdictional issue arose in relation to the same cases mentioned above, namely that a procurement of the nature of the one being complained of (a lease of equipped space) is not covered by the FTA as it is a service contract. The Board determined that the proposed arrangement was for the lease of: (a) a modest addition to laboratory floor space; and (b) two plant growth chambers and a plant growth room. Clearly, this procurement was primarily a lease for goods and therefore the Board determined it had jurisdiction since the FTA applies to procurement of products by such methods as purchase or lease, rental or hire-purchase, with or without an option to buy.

Late Filing

The issue of late filing was raised by the government in a number of complaints (No. E91PRF6641-021-0003, No. E91PRF6631-021-0002 and No. D91PRF6621-021-0021). To clarify this matter, the Board indicated that it takes seriously its responsibility to provide, on the one hand, a "user-friendly service" insofar as the protestor is concerned, matched by its recognition of the needs of the government to proceed with its procurement programs without being unnecessarily delayed, all of this recognizing the requirements in section 23 of the Regulations dealing with the Time Limit for Filing a Complaint. The Board will be guided by these principles. On the same subject, the Board indicated that, in its opinion, there was little merit in the government systematically invoking jurisdictional issues dealing with late filing as the Board conducts a thorough review of this aspect of its jurisdiction early on in the investigation process of each complaint. If the government believes the Board has erred in exercising its discretion, the Board believes these challenges would more effectively be addressed by the Federal Court of Canada, as appropriate.



The Bid Solicitation and Contract Award Process

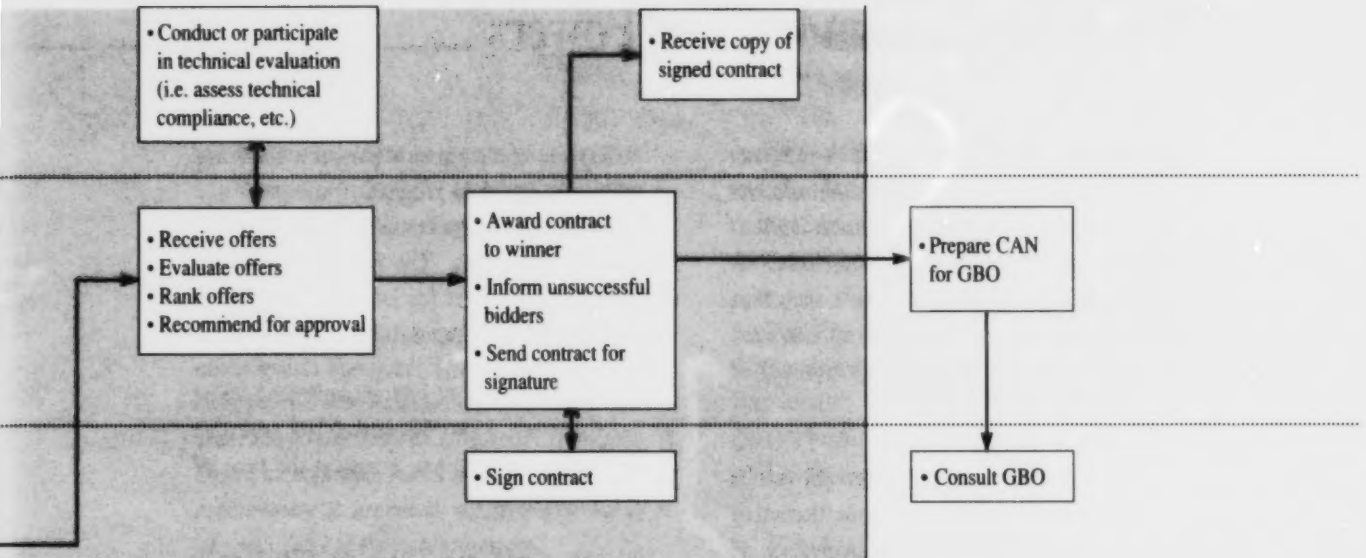
The above diagram is provided strictly as a guide to assist the reader in understanding the Bid Solicitation and Contract Award process. It is, therefore, not comprehensive nor is it authoritative. It describes the main activities of each of the key players and their sequencing through the four phases of the process. Also, it spells out for each phase of the process the government's obligation towards potential suppliers as stated in Article 1305 of the Canada-United States Free Trade Agreement. Any breach of these obligations is a valid basis for complaint.

As well, below are a number of useful definitions and summary information about a limited number of widely use acronyms.

CLIENT:
Any government organization or "entity" and its successor entities listed for Canada in Annex 1304.3 of the FTA.

CONTRACTING AGENT:
Any person or organization acting as contracting authority for or on behalf of any client.

POTENTIAL SUPPLIER:
An actual or prospective bidder from Canada or the United States whose direct economic interest has been or would be affected by the award of a contract or the failure to award a contract.



Qualification / Evaluation & Award

"use decision criteria in the qualification of potential suppliers, evaluation of bids and awarding of contracts, that:
i) best meet the requirements specified in the tender documentation,
ii) are free of preferences in any form in favour of its own goods, and
iii) are clearly specified in advance;" (FTA Article 1305:2:c))

Post-Award

"promote competition by making available information on contract awards in the post-award phase." (FTA Article 1305:2.d))

NPP:
Notice of Proposed Procurement. A notice which constitutes an invitation to participate in a competitive action and which normally contains a description of the subject-matter of the proposed procurement, the time limits for the submission of offers, and the address where the solicitation documents may be obtained. Such notices are published in the GBO, generally at least 40 days prior to bid closing.

ACAN:
Advance Contract Award Notice. Notice of government intent to contract on a sole source basis. In addition to signalling the basis for the government's decision to go sole source, it is designed to elicit interest from potential suppliers, as the case may be, for consideration by the government.

CAN:
Contract Award Notice. A notice to be published in the GBO within 60 days of contract award, identifying the contract awardee, the goods acquired, and the value of the award.

GBO:
Government Business Opportunities. A daily publication by Supply and Services Canada, designated as the official publication to serve notices as required under the FTA and GATT.

The Board's Mandate and Powers

Established under Part II of the *Free Trade Agreement Implementation Act*, the Board is an independent administrative tribunal with no direct interest in government procurement other than ensuring fair treatment for suppliers interested in doing business with the Government of Canada.

The Board has, with respect to attendance at hearings, the swearing in and questioning of witnesses, the production and inspection of documents, and the enforcement of its orders, the powers of a superior court of record.

Canadian and U.S. suppliers who believe that Canadian governmental institutions have not treated them fairly in the bidding process or the awarding of contracts can lodge a written complaint with the Board within time limits laid down in the Regulations. The Regulations require proceedings to be dealt with "as *informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.*"

For the complainant's part, the challenge will be allowed to proceed if complete and valid documentation is made available within specific time limits. The Board's decision to accept a complaint for investigation has to take the following points into consideration:

1. the procurement had an estimated value between $29,000 and $204,000 (as adjusted every two years) at the time of solicitation;

2. the goods are being procured by a covered entity (these include most federal departments and some agencies, such as the Canada Post Corporation, but Transport Canada, Fisheries and Oceans, and Communications Canada are excluded, as are any goods considered necessary for national security or national defence purposes);

3. the procurement relates to goods, i.e. the service component must be incidental to the acquisition of the goods and less than 50 per cent of the total value;

4. the complainant is a potential supplier who is an actual or prospective bidder with a direct economic interest in the procurement.

Where the Board decides to commence an investigation and a contract has not yet been awarded, the *Act* provides that the Board may order the governmental institution to postpone award of contract, unless it certifies that "*the procurement is urgent or that a delay would be prejudicial to the public interest.*"

The Board is required to make a determination within 90 calendar days of receiving a complete and valid complaint. There is also a provision for an "Express Option" in which the time frame is halved.

The Board can recommend to the procuring agency a number of remedies including the reissuing or re-evaluation of the tenders, termination of the contract and its award to the complainant, or the award of compensation to a complainant. It can also award reasonable costs related to filing the complaint and preparing the bid. Alternatively, it can dismiss the case.

Within the context of a written determination on a complaint, the Board is also entitled to make recommendations to a governmental institution on any aspect of its procurement.

The *Act* provides that a governmental institution shall endeavour to implement the recommendations of the Board to the greatest extent possible. Any government agency that does not intend to implement the recommendations in full must document its reasons within 10 days. The Board is required to report this to Parliament in its Annual Report, along with the details of all other cases that come before it during the year. Any refusal to accept the Board's recommendations in full or in part does not affect the awarding of costs.

How the Board Operates

The Organization

The Board can have up to five members, including a chairman, all of whom are appointed by the Governor-in-Council. Their term is not to exceed five years but members can be re-appointed. Under the Regulations, they must have knowledge and experience related to public-sector procurement. The Board reports to Parliament through the Minister of Consumer and Corporate Affairs. The Chairman is the Chief Executive Officer and is responsible for the Board's operations. During 1991, the Chairman was the only appointed member.

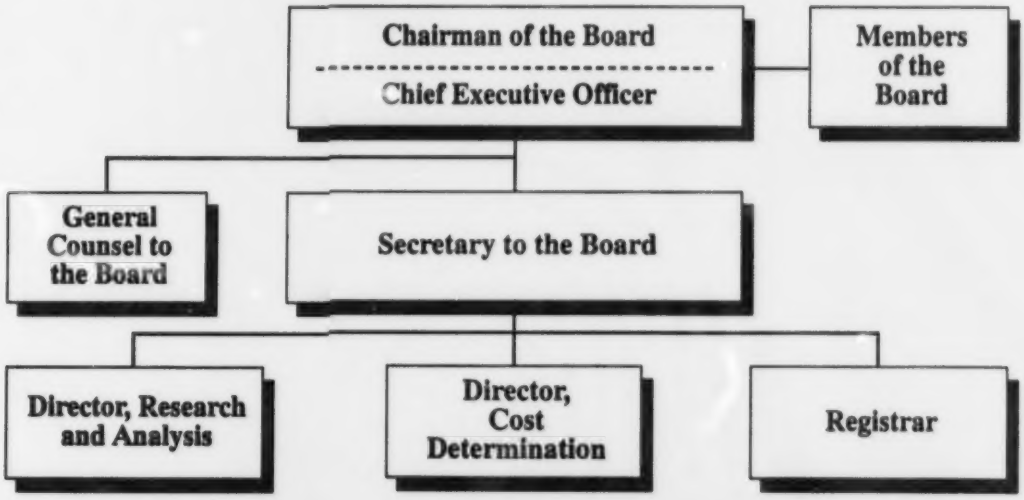
The Secretary to the Board, under the general direction of the Chairman, provides day-to-day support services to the organization. This includes giving policy advice and overseeing the technical work of investigating complaints and coordinating communications activities. The Secretary also exercises authority over the staff, manages the budget and oversees the preparation of the Annual Report.

The General Counsel reports to the Chairman, and gives legal advice to the Board and staff on questions of law, procedure, and interpretation.

The Director, Research and Analysis oversees the investigation of complaints by potential suppliers and the preparation of cases for presentation to the Board.

The Director, Cost Determination is responsible for assisting the Board in determining what costs, if any, as claimed by the complainant, should be allowed.

The Registrar looks after all documentation and correspondence to and from the Board, and makes arrangements for holding hearings.



The Process

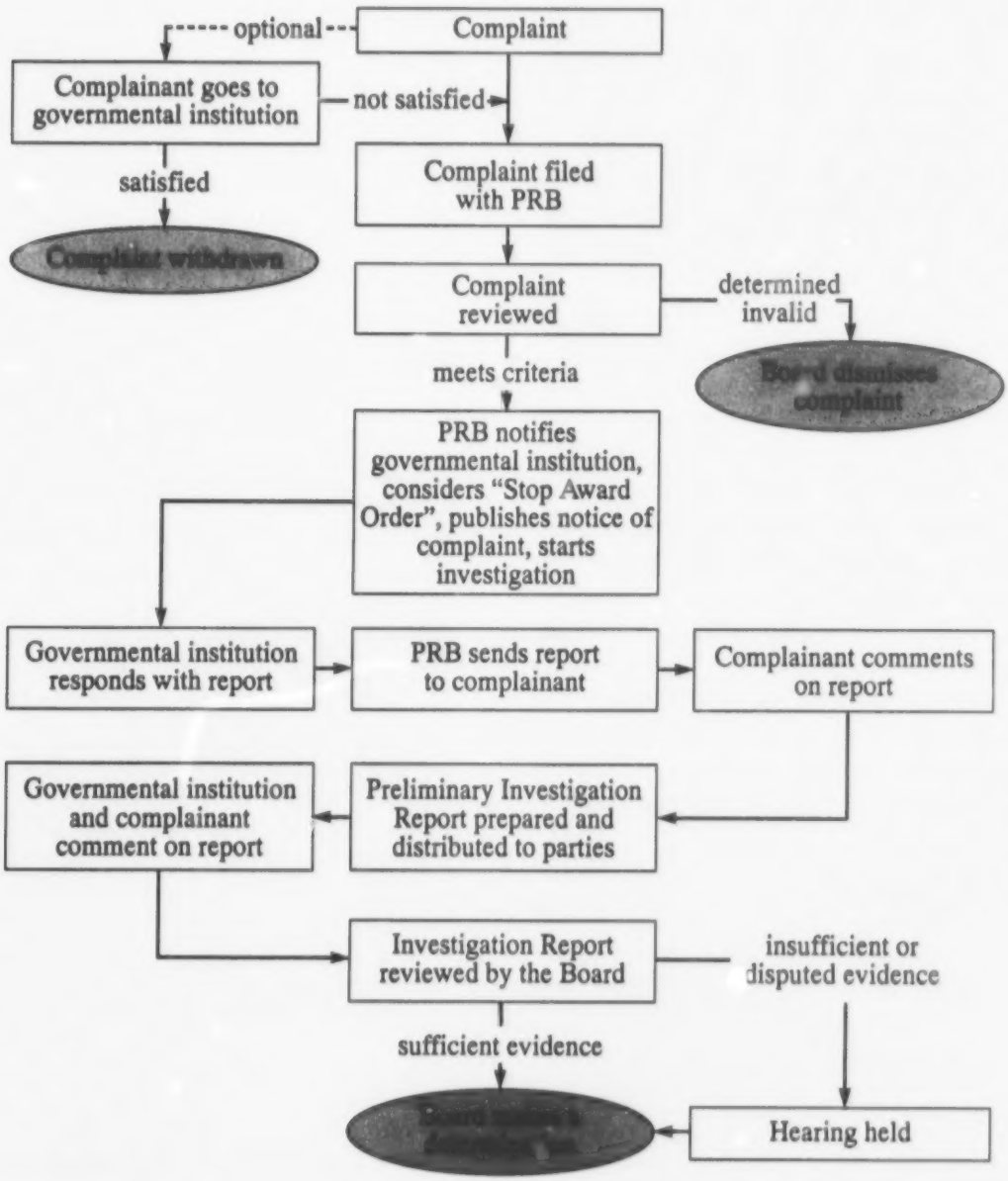
This is a supplier-initiated, complaint-driven system. Once the basis of the complaint is discovered (see flow chart below), there are two paths that a potential supplier may follow. The complainant may choose to take its complaint to the governmental institution or to have the Procurement Review Board consider the complaint in the first instance.

If the complainant is not satisfied with the response received from the governmental institution, or if the complainant chooses not to pursue this option and files directly with the Board, then the Board reviews the complaint in accordance with its Regulations. First, the complaint is checked against the criteria for filing. The complainant is advised of any deficiencies in the complaint so that they may be corrected within the specified time limit. Once the complaint is admissible as filed, the complainant is sent a formal acknowledgement of receipt and the governmental institution is sent a copy of the complaint.

In accordance with the Regulations, the Board has five days to determine whether the complaint will be accepted as valid. During that period, the Board considers whether it will order the governmental institution to postpone awarding the contract until the investigation is complete. (If the governmental institution certifies within two days, in writing, that the procurement is urgent or that a delay would be prejudicial to the public interest, the Board will not make the above "Stop Award Order".)

The Board reviews the complaint for its features that affect jurisdiction, i.e. the estimated value and eligibility of the procurement and of the supplier. If the complaint was filed within the specified time limits and if it meets with the criteria as spelled out by the Board's Regulations, then the investigation starts. If, on the other hand, the complaint has been determined to be invalid (i.e. either because the Board has no jurisdiction or the complaint is frivolous, vexatious or made in bad faith), the Board dismisses it.

Addressing the Complaint



If the complaint has been accepted as valid, a copy is sent to the contractor (if applicable) and to any intervenors of record. An official notice of the complaint is also published in the Canada Gazette Part I and in Government Business Opportunities.

As per the Board's Regulations, the governmental institution has 25 days after receipt of its copy of the complaint to file a report with the Board responding to the allegations made. The Board sends a copy of the governmental institution's report to the complainant who in turn has seven days to submit comments. These comments are then forwarded to the governmental institution and any intervenors.

Concurrently, the Board's staff conducts an investigation by interviewing any parties or individuals who can provide further substantiation and insight and by examining various files and other documents.

Once this stage of the investigation has been completed, a Preliminary Investigation Report is prepared and distributed to the parties and any intervenors of record. The parties have five days to submit comments on the report. After the five-day period, the Board reviews the Investigation Report which consists of the Preliminary Investigation Report and the parties' comments thereon, and the Governmental Institution Report and the complainant's comments thereon. The Board decides whether it now has sufficient evidence to make a determination, or whether a hearing should be held if, for example, certain evidence is unclear or in dispute. If the Board chooses to hold a hearing, interested parties are notified and pertinent witnesses are requested to attend.

The Board then makes a determination, which, if the complainant prevails, may consist of recommendations to the governmental institution and the awarding of costs to the complainant.

Appendix A

Summary of Complaint Activity, 1989 - 1991

YEARS	1989	1990	1991	TOTAL
CASES DECIDED WITHOUT WRITTEN DETERMINATIONS				
Solved by Parties	2		1	3
No Jurisdiction	3	6	12	21
Withdrawn			2	2
Late Filing		1	2	3
No Valid Basis			4	4
Abandoned While Filing		2	3	5
CASES DECIDED BY WRITTEN DETERMINATIONS				
No Valid Basis		1	3	4
Not a Potential Supplier			2	2
Upheld on Merit	2	11	5	18
TOTAL COMPLAINTS	7	21	34	62

Appendix B

Financial Statement

$000's

	Forecast 1991-92	Actual 1990-91
Personnel	**796**	**867**
Goods and Services		
Transportation and communications	**100**	**62**
Information	**95**	**31**
Professional and special services	**211**	**123**
Rentals	**15**	**6**
Purchased repair and upkeep	**5**	**2**
Utilities, materials and supplies	**35**	**32**
Other subsidies and payments	**10**	**2**
	471	**258**
Total operating	**1,267**	**1,125**
Capital	**20**	**17**
TOTAL PROGRAM	**1,287**	**1,142**
Person-years	**10**	**10**

Appendix C

Procurement Review Board of Canada

BOARD

Gerald A. Berger, Chairman and Chief Executive Officer
Nancy Gabler, Secretary

STAFF OF THE BOARD

Jean Archambault, Secretary to the Board
Allan Cracower, General Counsel
Randolph W. Heggart, Director (Research and Analysis)
Barry McBride, Director (Cost Determination)
Danielle Beaulieu, Registrar
Karen Blackburn
Marie Chalifoux
Estelle Lane
Sandra McNeil
Jo-Ann Tremblay

The Board's mailing address is:

The Procurement Review Board of Canada
P.O. Box 1533
Station B
Ottawa, Ontario
K1P 6P6

The Board is located at:

5th Floor
60 Queen Street
Ottawa, Ontario

Telephone: (613) 990-1988
Facsimile: (613) 992-3686

Note: A formal complaint should be sent to THE REGISTRAR at either of the above addresses.

Commission de révision des marchés publics du Canada

Procurement Review Board of Canada

1991

RAPPORT ANNUEL

Là où les installations nécessaires existent

Le papier permanent utilisé dans le
corps de cette publication satisfait aux
exigences de la norme ANSI Z39 .48-1984

Encre à base de canola

La Commission
de révision
des marchés publics
du Canada

Président

Procurement
Review
Board
of Canada

Chairman

L'Honorable Pierre Blais, C.P., député
Ministre des Consommateurs
et des Sociétés
Chambre des communes
Pièce 356, Édifice de la Confédération
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6

Monsieur le ministre,

Conformément au paragraphe 22(1) de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis*, je suis heureux de vous présenter, pour dépôt au Parlement, le troisième rapport annuel de la Commission de révision des marchés publics du Canada. Ce rapport porte sur les activités menées par la Commission pendant l'année 1991.

Veuillez agréer, Monsieur le ministre, l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

G.A. Berger

le 27 mars 1992

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992

N° de cat. PR1-1991

ISBN 0-662-58876-2

Table des matières

Message du président 1

Revue de l'année 11

Issue des plaintes 11

Plaintes tranchées sans décision écrite 12

Plaintes tranchées par décision écrite 14

Questions de compétence 24

Processus d'appel d'offres et d'adjudication de marchés 26

Attributions de la Commission 28

Fonctionnement de la Commission 30

L'organisation 30

Le processus 31

Annexe A : Résumé des plaintes, 1989 - 1991 34

Annexe B : État financier 35

Annexe C : Membres et personnel de la Commission et adresses 36

Message du président

Voici le troisième rapport annuel de la Commission de révision des marchés publics du Canada. Depuis sa création, le 1er janvier 1989, la Commission a été appelée à trancher un nombre restreint mais grandissant de plaintes concernant les adjudications de marchés publics fédéraux visés par l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALÉ). Je crois qu'elle s'est acquittée de cette tâche à la satisfaction de toutes les parties intéressées. La Commission a aussi reçu un nombre grandissant de plaintes concernant d'autres marchés publics fédéraux qui ne relèvent pas de sa compétence.

Dans le rapport de l'année dernière, j'ai mentionné qu'on étudiait la possibilité d'étendre la compétence de la Commission à ces autres catégories de marchés publics fédéraux. Cette démarche faisait suite à un discours prononcé en septembre 1990 devant l'Association des industries aérospatiales du Canada par le ministre d'Approvisionnements et Services, l'honorable Paul Dick, dans lequel le ministre se disait en faveur d'une expansion générale de la procédure de contestation des offres afin qu'elle vise tous les marchés adjugés par le ministère des Approvisionnements et Services (MAS) et peut-être aussi tous les autres marchés publics fédéraux.

Jusque-là, on croyait qu'une telle expansion pourrait facilement se concrétiser après que la décision de principe aurait été prise. De fait, on m'avait affirmé que le paragraphe 21(2) de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange* (la *Loi*) avait été inclus expressément à cette fin. Le paragraphe 21(1) de la *Loi* stipule que le gouverneur en conseil «*peut prendre les règlements qu'il estime nécessaires à la mise en oeuvre du chapitre 13 de l'Accord ....*»

Le paragraphe 21(2), par contre, stipule :

«*21.(2) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements conférant des attributions à la Commission relativement à toute question touchant l'adjudication de contrats accordés, ou devant l'être, par les ministères ou départements d'État fédéraux et autres organismes désignés par règlement et prévoyant les modalités d'exercice de ces attributions.*»

On pensait alors que cet article pourrait permettre de donner aux sociétés canadiennes accès à une procédure de contestation pour des offres non visées par l'ALÉ. Cependant, il y a maintenant une opinion juridique sur l'article en question selon laquelle ce que le gouvernement avait décidé et proposé et pensait que le Parlement avait approuvé, n'a pas été accompli. Autrement dit, puisque l'article 3 stipule que «*La présente loi a pour objet la mise en oeuvre de l'Accord...*», le paragraphe 21(2) ne peut pas, selon cette opinion juridique, être invoqué pour étendre le mandat de la Commission à des marchés autres que ceux qui sont assujettis à l'ALÉ. En réalité, le paragraphe 21(2) ne mène nulle part!

Par conséquent, du point de vue de la Commission, le gouvernement a passé l'année qui vient de s'écouler non seulement à étudier quand et comment élargir le processus de contestation des offres par les sociétés canadiennes mais aussi à se pencher sur le besoin d'une nouvelle loi pour y arriver et sur le contenu de cette nouvelle loi, y compris toute modification des attributions actuelles de la Commission et des recours offerts aux parties.

Au moment de rédiger le présent rapport, nous apprenons que le gouvernement a annoncé son intention de déposer un projet de loi au Parlement afin d'élargir l'accès au processus de contestation des offres. Je crois comprendre que le gouvernement entend proposer l'insertion, dans cette nouvelle loi, des dispositions de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange* portant sur le mandat actuel de la Commission de révision des marchés publics.

Au cours des discussions sur l'élargissement du mandat de la Commission, j'ai entendu certaines préoccupations, exprimées directement et indirectement, à propos de la contestation des offres en général et de l'expansion du droit des sociétés canadiennes de contester les offres. Ces préoccupations témoignent, en partie, des divergences de vues qui existent parmi ceux qui jouent un rôle dans la passation des marchés publics quant à la manière d'adjuger ces marchés, y compris les questions clés de responsabilité et de la responsabilisation. Toutefois, après mûre réflexion, et au risque de paraître intéressé, j'estime qu'il convient de profiter de l'occasion que constitue le rapport annuel pour réexaminer les principes et le fonctionnement de ce système de contestation des offres typiquement canadien et, en même temps je l'espère, pour apaiser les craintes qui ont été soulevées. J'ai ainsi l'occasion de communiquer directement avec les personnes qui participent au processus de passation des marchés et qui n'ont eu, jusqu'à maintenant, qu'une vague connaissance de la procédure de contestation des offres.

Les plaintes sur la passation des marchés publics appartiennent généralement à quatre grandes catégories :

1. Le marché est adjugé sans concurrence alors qu'il aurait dû y avoir appel d'offres.
2. Même s'il y a eu concurrence, les dés étaient tellement «pipés» (par exemple, par un devis se moulant sur un produit en particulier) que la concurrence n'était pas véritablement équitable.
3. Même s'il y a eu une concurrence «réelle» et un devis général, les critères d'évaluation étaient si vagues et si peu explicites que la décision est devenue un sujet de controverse.
4. Même lorsqu'il y a eu une concurrence réelle et des critères d'évaluation pertinents, le marché a été adjugé en fonction d'autres critères, délibérément ou par erreur.

Depuis longtemps, les sociétés canadiennes ont accès à un mécanisme indépendant de contestation des offres pour tous les marchés publics, à savoir la Cour fédérale du Canada. Qu'un si grand nombre

de sociétés préfèrent s'abstenir d'y recourir devrait nous inquiéter, car on m'a amené à considérer que la première préoccupation du secteur privé n'est ni le temps ni les frais en cause, mais plutôt ce qu'il perçoit comme les conséquences à long terme de l'exercice de ses droits. La peur de représailles est un dénominateur commun de mes contacts avec le secteur privé depuis le 1er janvier 1989.

Je voudrais aussi glisser un mot sur l'utilité et l'efficacité des démarches non officielles auprès des ministres et des fonctionnaires. Je crois pouvoir affirmer qu'un grand nombre de plaintes présentées directement aux ministres ou à des fonctionnaires ont été réglées à ce niveau à la satisfaction de toutes les parties intéressées. Je crois aussi pouvoir affirmer que la plupart des plaintes qui aboutissent à la Commission ont déjà été rejetées au niveau ministériel. Dans certains cas, le simple fait de déposer une plainte devant la Commission a provoqué un règlement entre les parties, suivi d'un abandon de la plainte. Ceci ne signifie pas que ces plaintes n'avaient pas été traitées avec sérieux la première fois. En fait, cela signifie qu'à cause du partage des responsabilités relatives aux approvisionnements, même chez le ministère demandeur ou utilisateur, il est souvent difficile d'obtenir une image globale d'une transaction. Les enquêtes de la Commission découlant de la contestation des offres sont presque uniques dans le gouvernement fédéral, puisque le processus prévoit l'examen de la transaction et du rôle joué par chacun des participants. Ainsi, dans tous les cas où la Commission a tranché en faveur du plaignant, le gouvernement, une fois en possession de toutes les données, n'a jamais été en désaccord avec la décision, même s'il était d'un autre avis au départ.

Les quatre objections qui suivent expriment l'essence des inquiétudes que j'ai entendues au sujet de l'expansion de la compétence de la Commission relative à la contestation des offres au-delà des exigences de la *Loi* ou de l'Accord.

1. Le processus est long et dispendieux. Il encourage les plaintes frivoles et occasionne des retards mais ne permet pas de réaliser des économies proportionnelles.

Il faut d'abord replacer dans son contexte l'ampleur de la contestation des offres. En 1991, la Commission a reçu 34 plaintes dont seulement 22 concernaient des marchés publics fédéraux visés par l'ALÉ, c'est-à-dire moins de 0,5 pour cent de cette catégorie de marchés. De ces 22 plaintes, moins de la moitié ont donné lieu à une décision écrite, les autres ayant finalement été réglées entre les parties, rejetées ou retirées. Des 10 plaintes qui ont donné lieu à une décision écrite, quatre seulement ont été déposées avant l'adjudication du marché, entraînant une ordonnance de suspension d'adjudication. Les six autres ont été déposées après l'adjudication du marché, permettant ainsi au marché de se dérouler sans interruption. De fait, à cause du délai de publication des avis d'adjudication de contrat (qui coïncide souvent avec la période où le plaignant s'aperçoit qu'il a des raisons de se plaindre),

de nombreux marchés faisant l'objet d'une plainte sont déjà presque achevés lorsque la plainte est déposée.

En vertu de son Règlement, la Commission doit accomplir son travail en 90 jours civils ou 45 jours lorsqu'elle autorise une demande de Procédure expéditive par une des parties. Au cours des trois années d'existence de la Commission, le gouvernement n'a demandé la Procédure expéditive qu'une seule fois. En outre, le délai moyen nécessaire pour arriver à une décision écrite a été réduit à 66 jours en 1991, comparativement à 74 jours en 1990.

En ce qui concerne les coûts, on exige du système qu'il soit aussi simple et peu dispendieux que possible. Il a donc été conçu dans ce but. Le Groupe de travail sur le service au public, qui fait partie de Fonction publique 2000, a d'ailleurs louangé les procédures de la Commission dans son Guide des pratiques exemplaires dans les services (inédit). En 1991, la Commission a modifié le processus d'audience «file hearing» en faisant distribuer par son personnel des exemplaires du rapport d'enquête préliminaire aux parties intéressées afin d'obtenir leurs commentaires avant de soumettre à la Commission le rapport accompagné de tous les commentaires qu'il a suscités. Malgré cette étape supplémentaire, qui accroît la transparence et l'équité du processus, les délais prescrits par le Règlement sont tout de même respectés. Il faut aussi noter que, jusqu'ici, la Commission n'a pas eu à tenir d'audiences officielles. Elle a pu résoudre les questions dont elle a été saisie sans devoir imposer aux parties les dépenses qu'entraînent les audiences. Une expansion des possibilités de contestation des offres pourrait toutefois changer cette situation, si des plaintes plus graves et plus complexes en résultaient.

Au sujet des plaintes frivoles, le Règlement prévoit des dispositions précises pour leur rejet. En outre, toute décision de la Commission d'accepter une plainte que le gouvernement juge frivole peut être portée en appel devant la Cour fédérale du Canada. Enfin, dans les trois années d'exercice de la Commission, on ne s'est jamais opposé aux décisions de la Commission de mener une enquête sur des marchés sous prétexte qu'une plainte était frivole. Il est vrai que le gouvernement n'est peut-être pas toujours d'accord avec la décision de la Commission d'accepter d'examiner une plainte. Cependant, après avoir pris connaissance de tous les faits, le gouvernement a toujours accepté les décisions de la Commission.

À propos des économies, plusieurs faits méritent d'être soulignés. Lorsqu'il y a eu des marchés d'exclusivité injustifiés ou que les dés étaient «pipés», il a été estimé qu'en remettant les entreprises ayant obtenu les marchés dans une situation concurrentielle, on pouvait réaliser des économies de 10 à 25 pour cent. Dans son rapport de 1991, le vérificateur général du Canada déclarait qu' *«...il serait possible de réaliser des économies importantes, soit de l'ordre de 30 p. 100 selon le genre de biens, si la concurrence était exercée, lorsque cela est possible, dans des marchés auparavant non concurrentiels.»*

Il va de soi que ce processus occasionne des frais. Toutefois, ces frais sont essentiellement les mêmes que ceux qu'occasionnent les contrôles de qualité des marchés ministériels, les vérifications du vérificateur général et les demandes de renseignements en vertu du la *Loi sur l'accès à l'information*. Il faut se rappeler que le coût total moyen d'un marché comprend deux éléments - le coût du produit ou du service représente 95 pour cent et les frais de passation du marché, 5 pour cent. Or, les frais supplémentaires touchent le 5 pour cent; et les économies, le 95 pour cent!

2. Le processus indépendant de contestation des offres ne reconnaît pas l'obligation des ministres de rendre compte de la passation des marchés au Parlement et, par cet intermédiaire, aux Canadiens.

Il s'agit là d'une question très complexe car, à première vue, l'argument semble avoir une certaine valeur. Aux États-Unis, où les offres sont contestées depuis plus de 60 ans, il y a séparation des pouvoirs, car l'exécutif ne siège pas à l'assemblée législative. Au Canada, les ministres, y compris les ministres d'Approvisionnements et Services et des Travaux publics, siègent au Parlement. Ils doivent donc rendre des comptes au Parlement et, au bout du compte, à tous les Canadiens, notamment en période électorale.

Par contre, en matière de contestation des offres, les tribunaux ont commenté le pouvoir discrétionnaire et l'obligation de rendre des comptes des ministres. En 1980, le juge Dickson, alors juge à la Cour suprême du Canada, a écrit, «*Le* certiorari *peut servir de recours général pour la surveillance de l'appareil décisionnel gouvernemental. Tout organisme public qui a le pouvoir de trancher une question qui touche les droits, intérêts, biens, privilèges ou liberté d'une personne peut en faire l'objet. La vaste portée de ce recours se fonde sur l'obligation générale d'agir avec équité qui incombe à toutes les instances décisionnelles publiques.*»[1]

Récemment, le juge Strayer de la Cour fédérale du Canada a déclaré que, «*en rejetant ou en acceptant des soumissions, le ministre et ses fonctionnaires exercent des fonctions administratives... Ce ne sont pas des fonctions d'ordre général qui supposent un pouvoir discrétionnaire illimité... Il en découle donc une obligation d'agir avec équité que les tribunaux peuvent sanctionner au moyen d'un bref de* certiorari.»[2]

On pourrait objecter que c'est une chose de reconnaître la compétence d'un tribunal et une autre de soumettre ses actes à l'examen d'un tribunal administratif indépendant. Il ne m'appartient pas de discuter de l'importance d'un tribunal administratif parmi les rouages du gouvernement du Canada. Par contre, dans la mesure où le gouvernement a confié l'administration de la procédure de contestation des offres à un tribunal indépendant, il semble difficile de soutenir que les sociétés canadiennes ne devraient pas y avoir accès mais devraient plutôt, si elles ont des raisons de se plaindre de marchés en particulier ne faisant pas partie des catégories limitées de marchés visés par l'ALÉ, dépenser temps et argent pour déposer un avis

---

1 Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui, 1980, 1 R.C.S., 628.

2 Thomas C. Assaly Corporation Ltd. c. Sa Majesté la Reine et Ministre des Travaux publics (inédit), 19 mars 1990, C.F. T-720-90. Cause citée récemment dans Cegeco Construction Ltée c. M. Gilles Quimet et Le Ministre des Travaux publics du Canada (inédit), 19 novembre 1991, C.F. T-2733-91.

demandant un règlement en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Assurément, ne pas offrir ce type de système, du moins comme choix, pourrait, à mon avis, donner une fausse impression de la nature de l'administration publique canadienne au milieu des affaires canadien ainsi qu'au public canadien. Dans cette optique, il faut se rappeler qu'en vertu des lois actuelles, les sociétés peuvent, par exemple, contester un marché de 150 000 $ pour des micro-ordinateurs destinés au ministère des Affaires extérieures, mais non pour les ministères de la Défense nationale, des Communications, des Transports ou des Pêches et des Océans. Si les bureaucrates comprennent que cet état de fait résulte de négociations sur les champs d'application qui se sont déroulées dans les années 70 dans le cadre du GATT, il demeure difficile de l'expliquer aux sociétés canadiennes convaincues d'avoir été lésées.

Les lois actuelles (et, je l'espère, toutes les lois à venir), témoignent très bien de l'obligation, pour les ministres (et, par leur entremise, pour leurs fonctionnaires), de rendre des comptes. Bien que la Commission puisse ordonner le paiement des frais, elle ne peut que recommander des mesures correctives, comme une réouverture des soumissions ou le paiement d'une indemnité, mesures auxquelles le gouvernement, en vertu de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange, «...doit s'efforcer, dans toute la mesure du possible, de mettre en oeuvre....»* Il incombe au ministre visé d'accepter ou de rejeter une recommandation de la sorte et de répondre de sa décision lors de la prise de la décision et au moment du dépôt du rapport annuel de la Commission au Parlement. Il en est ainsi pour de nombreuses raisons, notamment le fait que certaines recommandations de la Commission peuvent s'avérer difficiles, sinon impossibles à appliquer. La Commission peut, par exemple, recommander la réouverture des soumissions, alors que, si les circonstances ont changé, le ministère peut avoir décidé d'annuler purement et simplement le marché en question. En vertu de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange*, la Commission doit préciser quelles recommandations n'ont pas été acceptées par le gouvernement ainsi que les motifs du refus.

3. À cause de la peur de commettre des erreurs qui pourraient venir à l'attention du public, le processus de contestation des offres découragerait la délégation, la décentralisation et l'habilitation, qui sont des concepts clés du programme Fonction publique 2000.

Je ne crois pas qu'il y ait de contradictions entre la poursuite des objectifs de FP 2000, comme la délégation, la décentralisation et l'habilitation d'une part et, d'autre part, la poursuite des autres objectifs de FP 2000 comme le service au public (notion qui, à mon sens, englobe le processus de contestation des offres par les fournisseurs). Au contraire!

Telle que je la comprends, l'objection est qu'il faudrait appuyer les mesures visant à reléguer la prise de décisions administratives, comme la passation des marchés, au niveau local et aux personnes directement responsables. Supposons, par exemple, qu'un

hypothétique institut de recherche de Medicine Hat ait besoin d'équipement scientifique. Le directeur de l'institut fait rédiger une description de l'équipement et la transmet au chef de l'administration pour qu'il procède à l'adjudication du marché. Demander au chef de l'administration de connaître et de respecter tous les règlements traitant de marchés concurrentiels ou non concurrentiels, dont certains paraissent complexes et confus, risque d'entraîner des erreurs ou des allégations d'erreurs, susceptibles à leur tour d'entraîner la contestation du marché. Les ministères trouveraient donc plus sage de ne pas «déléguer, décentraliser ni habiliter», allant ainsi à l'encontre des avantages de FP 2000.

Par contre, si on donne à quelqu'un le pouvoir de faire quelque chose, cette personne devrait alors être tenue responsable de ses actes. Comme la Cour fédérale du Canada l'a déclaré, ces fonctions administratives doivent être imprégnées du souci de l'équité. Assumer des responsabilités exige qu'il y ait des règles, une formation et des vérifications. Il est vrai que les règles qui régissent la concurrence en vertu du GATT et de l'ALÉ, auxquelles le gouvernement du Canada a souscrit, sont plus rigoureuses et donc différentes de celles qui régissent la plupart des marchés publics. Mais ces règles visent moins de 5000 marchés comparativement aux centaines de milliers de marchés adjugés annuellement par le gouvernement du Canada!

Il faut se rappeler que, lorsqu'elle a tranché en faveur du plaignant, la Commission a constaté un phénomène plutôt troublant. Dans les «compromis» entre des facteurs comme la commodité pour les fonctionnaires (qui coûte souvent plus cher au contribuable), d'une part, et l'équité envers les fournisseurs (et peut-être des économies pour le contribuable) d'autre part, la commodité l'emporte souvent. Ainsi, la contestation des offres contribue grandement à stimuler l'habilitation.

4. Même si on en venait à accepter définitivement la contestation des offres pour les produits, elle serait discutable dans le secteur des services où il est parfois difficile de décrire de façon précise ce qu'on veut.

La vaste majorité des marchés de services qui sont actuellement ouverts à la concurrence reposent sur des descriptions des exigences et des critères de décision précis. Ce n'est que dans le secteur des marchés de services personnels, où il faut embaucher quelqu'un plutôt que décrire le service précis, qu'on pénètre dans la sphère des jugements subjectifs.

Dans le processus américain de contestation des offres, les marchés de services ne causent aucun problème. En plus du fait que l'adjudication de ces marchés peut actuellement être portée en appel à la Cour fédérale du Canada, on ne peut justifier leur exclusion d'un mode de contestation plus simple parce qu'on éprouve des difficultés à cerner les besoins, à établir les critères de décision et à adjuger des marchés concurrentiels équitables.

L'importance des améliorations dans la passation des marchés publics, surtout pour améliorer l'aspect concurrentiel, a déjà été mentionnée. Je crois qu'il importe d'y revenir.

Dans son plus récent rapport, le vérificateur général déclarait que le MAS avait adjugé des marchés d'une valeur de 8 milliards de dollars (produits et services, mais construction exclue) dont 3 milliards de dollars de marchés non concurrentiels. Les Comptes publics du Canada indiquent que la valeur totale de tous les achats de biens, de services et de travaux de construction par le gouvernement fédéral atteint environ 16 milliards de dollars.

Si l'on applique le pourcentage de marchés non concurrentiels du MAS à l'ensemble des marchés, il pourrait y avoir annuellement plus de 6 milliards de dollars de marchés adjugés de façon non concurrentielle par les ministères et les organismes du gouvernement fédéral. Si l'on suppose qu'en ayant une politique d'appels d'offres ouverts en plus d'un mécanisme comme la Commission de révision des marchés publics par l'entremise duquel les sociétés canadiennes pourraient, entre autres, contester les marchés exclusifs ou non concurrentiels et que 10 pour cent des montants en cause seraient alors affectés à des marchés véritablement concurrentiels, ce qui permettrait des réductions de prix de 25 pour cent (le vérificateur général indiquait 30 pour cent), les économies pourraient atteindre 150 millions de dollars par année! (Sans compter les marchés pour lesquels les dés sont «pipés» ou qui ne sont pas adjugés au plus bas soumissionnaire qualifié). Les frais de fonctionnement de la Commission ajoutés aux autres frais que les ministères pourraient devoir assumer semblent minimes comparativement à ce qui, selon moi, est à la portée du gouvernement. Même si les économies réalisées n'étaient que de 100 millions de dollars, il s'agit tout de même d'une somme considérable!

D'une certaine façon, on pourrait placer ces mesures dans le contexte de l'effort de privatisation du gouvernement, qui, dans le cas présent, privatiserait la vérification de la rédaction des devis, des appels d'offres et des adjudications de marchés, en laissant le secteur privé en déterminer les problèmes éventuels et les possibilités.

Tous les paliers de gouvernement connaissent depuis longtemps les économies susceptibles d'être réalisées en réduisant les marchés d'exclusivité et en corrigeant le problème des dés «pipés». Par exemple, le rapport présenté par le Groupe de travail sur les acquisitions au Groupe de travail sur l'examen des programmes en 1985 a révélé que des économies de quelque 100 millions de dollars pourraient être réalisées en éliminant les achats non concurrentiels injustifiés effectués par le MAS au nom de ses clients ministériels. Comme je l'ai mentionné plus tôt, le vérificateur général a évoqué une économie de 30 pour cent. Mais, la mise en oeuvre de ce type de programme a toujours été difficile, étant donné que ces programmes touchent le MAS et ses clients ministériels, pour certains marchés, et tous les ministères, à l'égard des marchés qu'ils adjugent eux-mêmes. À mon sens, le secteur privé pourrait grandement contribuer à réaliser ces

économies et, du même coup, s'aider à devenir plus concurrentiel et innovateur. Comme je l'ai déclaré dans une des décisions de cette année, «...*La Commission est d'avis que la politique qui impose le recours aux appels d'offres ne devrait pas pouvoir être contrecarrée facilement par un jugement gouvernemental interne au sujet de ce que le secteur privé peut faire ou non.*»

Cela ne veut pas dire que le gouvernement, peut-être avec l'aide de la Commission, ne peut pas prendre des mesures pour réduire les marchés exclusifs. Dans sa première décision écrite (LANsPLUS, 18 janvier 1990), la Commission a indiqué qu'il n'y avait, à l'époque, aucun moyen de permettre «*à d'autres fournisseurs potentiels de se présenter* [au moment opportun] *pour vérifier le bien-fondé du recours à "l'appel d'offre unique". La Commission arrive à la conclusion que, si on avait permis cela, il aurait pu y avoir passation d'un marché concurrentiel.*» La Commission a recommandé que le MAS «*révise ses politiques et sa procédure en ce qui a trait à la publication des avis de passation de marchés avec appel d'offre unique....*»

Je suis heureux de constater qu'en 1991, le MAS a mis sur pied un programme de publication de Préavis d'adjudication de contrats (PAC) pour tous les marchés d'exclusivité visés par l'ALÉ et le GATT ainsi que sur une base sélective pour certains marchés concurrentiels, y compris les marchés de services et de recherche-développement. En plus d'accroître la transparence et l'équité du processus, ces mesures ont créé de nouveaux débouchés ainsi que des économies réelles et potentielles pour le gouvernement.

Je voudrais conclure en remerciant le ministre d'Approvisionnements et Services, l'honorable Paul Dick, et ses fonctionnaires pour le soutien qu'ils ont apporté au travail de la Commission. De toute évidence, il ne suffit pas de dire qu'on croit aux vertus de l'honnêteté et de l'équité. Ces gens sont passés à l'action et ont fait preuve d'un leadership exceptionnel.

Une fois de plus, je tiens à féliciter et à remercier le personnel de la Commission pour son grand professionnalisme. Cette année, mon opinion personnelle à ce sujet (ainsi que celle du Groupe de travail sur le service au public de FP 2000) a été corroborée par un sondage parrainé par la Commission auprès des sociétés avec lesquelles, pour une raison ou une autre, nous sommes entrés en contact. Les résultats se sont avérés très positifs et encourageants.

J'aimerais souligner tout particulièrement la grande contribution de l'ex-avocat général de la Commission, Ronald Williams, c.r., qui a quitté la fonction publique à la fin de l'année. Il a joué un rôle clé en aidant la Commission dans sa période de formation et je tiens à le remercier publiquement de son travail.

Le président,
G.A. Berger

Revue de l'année

Issue des plaintes

Toutes les plaintes déposées auprès de la Commission sont considérées comme des affaires en cours jusqu'à ce que la Commission les ait tranchées. Les plaintes peuvent être tranchées pour différentes raisons à tout moment après leur réception par la Commission. Les plaintes tranchées se répartissent entre deux catégories. La première comprend les plaintes tranchées par la Commission sans décision écrite. La deuxième catégorie englobe les plaintes qui sont jugées recevables et qui font l'objet d'une enquête et d'une décision écrite de la Commission. Le tableau 1 illustre la répartition des 39 plaintes tranchées pendant l'année (y compris les plaintes reportées de l'année précédente). Un résumé de chacune des plaintes figure immédiatement après ce tableau :

Tableau 1 - Résumé des plaintes

Catégorie 1 : Plaintes tranchées sans décision écrite	
Plaintes abandonnées ou retirées par le plaignant pendant le dépôt	5
Plainte réglée par une entente entre les parties	1
Plaintes jugées irrecevables parce qu'elles portaient sur des marchés ne relevant pas de la compétence de la Commission	12
Plaintes jugées irrecevables parce que déposées en retard	2
Plaintes jugées irrecevables parce que sans fondements valables	4
Catégorie 2 : Plaintes tranchées par décision écrite	
Plaintes non retenues parce qu'elles n'avaient pas de fondements valables	3
Plaintes non retenues parce que le plaignant n'était pas un fournisseur potentiel	2
Plaintes auxquelles la Commission a fait droit	10

Plaintes tranchées sans décision écrite

Plaintes abandonnées ou retirées

Les plaintes s'appuient parfois sur des renseignements insuffisants pour remplir les conditions de dépôt. Dans trois de ces cas, les demandes en vue d'obtenir des renseignements supplémentaires ont échoué. Après un délai raisonnable, ces plaintes ont été considérées comme abandonnées avant le dépôt.

Deux plaintes ont été retirées par les plaignants. La première a été retirée lorsque le plaignant a obtenu des renseignements supplémentaires auprès du gouvernement; la seconde, à cause d'une décision interne de l'entreprise.

Plaintes réglées par une entente entre les parties

Une plainte a été retirée par le plaignant lorsque l'autorité contractante responsable, de concert avec le ministère demandeur, a révisé la condition considérée restrictive, éliminant ainsi le fondement de la plainte.

Plaintes ne relevant pas de la compétence de la Commission

Dans douze cas, la Commission a jugé les plaintes irrecevables parce qu'elles ne relevaient pas de sa compétence. Quatre de ces plaintes avaient trait à des marchés dont les valeurs estimatives dépassaient le plafond de 210 000 $, et trois avaient trait à des marchés dont la valeur estimative n'atteignait pas le seuil de 31 000 $. (Pour la période de deux ans débutant le 1er janvier 1992, les limites ont été abaissées; le seuil a été ramené à 29 000 $ et le plafond, à 204 000 $.)

Une autre plainte concernait un marché relatif à des produits destinés à la Gendarmerie royale du Canada, auxquels l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis (ALÉ) ne s'applique pas.

Enfin, quatre plaintes avaient trait à des marchés de services et, par conséquent, n'étaient pas visées par l'ALÉ.

Plaintes déposées en retard

À deux occasions, la Commission n'a pas accepté les plaintes, parce qu'elles ont été déposées après l'expiration du délai prescrit. Dans le premier cas, la plainte a été déposée un mois et demi après que le plaignant a pris connaissance de la prétendue anomalie, bien que le délai fixé pour le dépôt des plaintes ait été indiqué à trois reprises lors de communications avec le personnel de la Commission. Aucune tentative n'a été faite pour justifier le non-respect du délai. Après étude, la Commission a jugé la plainte irrecevable pour non-respect du délai.

Le second cas concernait un marché faisant l'objet d'un Préavis d'adjudication de

contrat (PAC). Un PAC est un avis annonçant l'intention du gouvernement **de lancer une invitation à soumissionner et de négocier avec une seule entreprise.** Il ne s'agit pas d'un avis d'appel d'offres ouvert, mais d'un mécanisme qui donne aux fournisseurs potentiels la possibilité de faire connaître au gouvernement leurs compétences particulières. Instauré par le ministère des Approvisionnements et Services (MAS) en juillet 1991, ce mécanisme donne suite à une recommandation que la Commission a formulée en janvier 1990 et vise à rendre plus visibles les actes du gouvernement et à promouvoir la concurrence. Bien qu'un PAC ne constitue pas un avis d'appel d'offres ouvert, le gouvernement doit traiter équitablement les propositions qu'il suscite.

Dans ce cas, le plaignant avait déposé sa plainte environ deux mois après la publication du PAC dans la revue «Marchés publics», la publication officielle du Canada qui fait connaître les avis d'appel d'offres en vertu de l'ALÉ. La Commission a décidé que la plainte était en retard étant donné que le plaignant aurait dû connaître le fondement de sa plainte lors de la publication du PAC.

Absence de fondement valable

Quatre plaintes sans fondement valable ont été reçues. Le premier plaignant soutenait qu'il n'avait pas été informé directement du début du marché et qu'il n'avait jamais été avisé de la modification de la politique (les fournisseurs doivent demander la trousse de soumission pour les marchés visés par l'ALÉ au lieu que le gouvernement envoie automatiquement les trousses de soumission aux entreprises inscrites sur les listes de fournisseurs). Ce marché avait été annoncé dans «Marchés publics» à titre de marché visé par l'ALÉ et rien ne semblait indiquer que les procédures de passation du marché aient été contraires à l'ALÉ. Les dispositions de l'ALÉ interdisent les avis individuels pour les appels d'offres ouverts ou sélectifs, tel que mentionné dans l'affaire Blowey-Henry (n° du greffe de la Commission E90PRF6638-021-0002).

Le deuxième plaignant soutenait qu'il n'avait pas reçu un exemplaire de «Marchés publics» (dans lequel figurait un certain Avis de projet de marché), bien qu'il soit abonné à cette publication. La Commission a constaté qu'il n'était arrivé aucun incident dans la production et la distribution de ce numéro de «Marchés publics» et qu'aucune allégation contre le gouvernement n'avait été faite en ce sens. La Commission a indiqué qu'il existe des recours lorsqu'un fournisseur ne reçoit pas un certain numéro et qu'il incombe au fournisseur de porter rapidement la situation à l'attention du gouvernement afin de la rectifier, tout comme on communiquerait avec le service du tirage d'un journal si le journal du matin n'était pas livré. D'autant plus qu'il s'agit ici d'éventuelles possibilités d'affaires! Ces mesures n'avaient pas été prises. Dans ces circonstances, la plainte a été rejetée, n'ayant pas de fondement valable.

La troisième plainte concernait une soumission arrivée en retard, bien qu'elle ait été confiée à un service de messagerie quatre jours avant la clôture des soumissions. La soumission n'avait pas pu être livrée à temps à l'Unité de réception des soumissions à cause de l'impossibilité pour le livreur de franchir les lignes de piquetage des fonctionnaires en grève (malgré deux prétendues tentatives avant la clôture des soumissions). La Commission a indiqué que divers moyens (la poste, le télex, le télécopieur) s'offraient au plaignant pour présenter son offre et que le choix du moyen incombe au soumissionnaire. La Commission a constaté que rien ne laissait supposer que l'adjudication de ce marché n'avait pas été menée conformément aux politiques, aux pratiques et aux procédures d'adjudication des marchés du gouvernement du Canada et que la procédure d'acceptation des soumissions avait été menée en bonne et due forme. Il incombe au fournisseur de faire parvenir sa soumission dans les délais prescrits. Les exceptions permises ne s'appliquaient pas dans ce cas.

La dernière plainte avait trait à l'application d'une pénalité de 10 pour cent sur le prix offert, uniquement aux fins d'évaluation, le fournisseur n'ayant pas fourni de Déclaration de biens admissibles avec la soumission. La Commission a décidé qu'une mauvaise lecture ou le non-respect des instructions claires du gouvernement figurant dans le document d'appel d'offres ne constitue pas un fondement valable pour une plainte. Cette question est traitée plus en profondeur ci-dessous à la rubrique «Biens admissibles».

Plaintes tranchées par décision écrite

Marchés d'exclusivité

Les huit plaintes suivantes avaient toutes trait à différents aspects des marchés d'exclusivité :

Une plainte a été déposée par Environmental Growth Chambers, Ltd. (D90PRF6631-021-0017) ainsi qu'une autre déposée par Enconaire (1984) Inc. (D90PRF6631-021-0018), deux entreprises de Winnipeg (Manitoba), concernant un même marché du Conseil national de recherches (CNR) du Canada pour la location d'une salle de croissance et de deux chambres de croissance.

À la demande du ministère demandeur, le MAS a lancé un appel d'offres ouvert afin de répondre à ce besoin. Quelques heures avant la clôture de l'appel d'offres, le MAS a reçu un avis du CNR annulant la demande. Le MAS, ayant conclu que la demande n'existait plus, a alors publié un avis d'annulation dans «Marchés publics» et a clos le dossier. Entre temps, les deux plaignants ont appris qu'un de leurs concurrents avait reçu, de la part de la Saskatchewan Economic Development Corporation (SEDCO), une commande pour exactement le même matériel. Le matériel devait être installé dans un immeuble appartenant à la SEDCO sur le campus de l'Université de la Saskatchewan, où se trouve une partie de l'Institut de biotechnologie des plantes (IBP) du CNR, soit l'utilisateur.

Les plaignants ont allégué que l'IBP-CNR avait décidé d'annuler son appel d'offres pour tenter d'obtenir le matériel auprès d'un fournisseur exclusif, par l'entremise de son propriétaire, les privant ainsi d'une occasion juste et équitable de soumissionner pour répondre à ce besoin gouvernemental.

Décision

La Commission a donné raison aux plaignants. Le fait de procéder simultanément à deux modes de passation de marché pour répondre à un même besoin, c'est-à-dire effectuer ouvertement une demande de proposition pour l'achat du matériel et lancer secrètement un appel d'offre unique pour la location du même matériel en utilisant un intermédiaire différent dans chaque cas, constitue une injustice pour les soumissionnaires et les expose à des risques supérieurs aux risques commerciaux habituellement courus dans le cadre d'un appel d'offres juste.

De plus, la Commission a conclu que, en ayant recours à un fournisseur unique sans donner les justifications exigées par le paragraphe 16 de l'article V du Code du GATT concernant les appels d'offre unique, le CNR n'avait pas permis à tous les fournisseurs potentiels de jouir d'une chance égale de proposer leurs produits lors de l'étape de l'appel d'offres et des soumissions.

Indemnité

La Commission a adjugé aux plaignants le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'instruction de leur plainte ainsi que pour la préparation de leur soumission.

Recommandations

La Commission a recommandé au CNR d'annuler ses projets d'appel d'offre unique pour ce matériel. De plus, la Commission a recommandé, si le besoin existait toujours, que le CNR passe le marché conformément aux dispositions de l'ALÉ et du Code du GATT relatifs aux marchés publics.

Mise en oeuvre

Le CNR a signifié son intention de présenter une nouvelle demande au MAS afin qu'il effectue un nouvel appel d'offres conformément aux dispositions de l'ALÉ et du Code du GATT.

Une plainte a été déposée par Enconaire (1984) Inc. (E90PRF6601-021-0020) et une autre par Environmental Growth Chambers, Ltd. (E90PRF6601-021-0021), deux entreprises de Winnipeg (Manitoba), concernant l'acquisition, par le MAS, de quatre chambres de croissance destinées au ministère de l'Agriculture.

Les plaignants soutenaient qu'en ayant recours à un fournisseur unique pour ce matériel, qu'eux aussi auraient pu fournir, le MAS les avait privés d'une chance égale de répondre à la demande.

Décision

Les plaignants ont obtenu gain de cause. La Commission a constaté que l'entité acheteuse n'a pas donné une chance égale à tous les fournisseurs potentiels de présenter une offre pour obtenir ce marché. En effet, le MAS a permis le recours à un marché exclusif sans pour autant être en mesure de déterminer si les conditions, en vertu desquelles les exigences relatives aux procédures d'appel d'offres ouvert ne sont pas nécessairement applicables, avaient été remplies. Le gouvernement avait invoqué le besoin de compatibilité pour justifier le recours à un fournisseur unique. La Commission a précisé que, dans ce cas, l'interchangeabilité, notion très différente de la compatibilité, constituait le critère pertinent du GATT pour justifier les appels d'offre unique. Fait plus important encore, la Commission a souligné que, en vertu de l'ALÉ, les appels d'offres ouverts constituent la norme et qu'il incombe au gouvernement de justifier un appel d'offre unique et non l'inverse.

Indemnité

La Commission a adjugé aux plaignants le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'instruction de leur plainte.

Recommandation

Que ce marché soit annulé et, si le besoin existe toujours, que le marché soit adjugé conformément aux dispositions de l'ALÉ.

Mise en oeuvre

Le MAS n'a pas pu annuler ce marché étant donné que le contrat était déjà signé et que les biens demandés avaient déjà été livrés et acceptés par le ministère client. Cependant, par suite de cette décision, le gouvernement a informé la Commission qu'il avait entrepris, de concert avec l'industrie, d'établir une norme pour ce type de produits afin de favoriser une plus grande concurrence dans l'adjudication des marchés futurs.

Une plainte a été déposée par Enconaire (1984) Inc. de Winnipeg (Manitoba), (E90PRF664Y-021-0019), concernant l'acquisition, par le MAS au nom du ministère des Forêts, de chambres de croissance, une enceinte à milieu ambiant contrôlé et accessible de l'extérieur ainsi qu'un incubateur (ce dernier article n'était pas l'objet de la plainte). Le plaignant soutenait qu'en ayant recours à un fournisseur unique, le MAS l'avait privé d'une chance égale de soumissionner pour obtenir ce marché.

Décision

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a constaté que l'entité acheteuse avait eu recours à un marché exclusif sans être en mesure de déterminer si les conditions, en vertu desquelles les exigences relatives aux procédures d'appel d'offres ouvert ne sont pas nécessairement applicables, avaient été remplies. En effet, la

Commission a conclu que le gouvernement avait pris à la légère son obligation d'évaluer si l'appel d'offre unique était justifié. Elle a conclu qu'à défaut d'avoir fait l'effort de lancer un appel d'offres ouvert, le gouvernement a invoqué la «commodité» pour justifier un marché exclusif, privant ainsi les fournisseurs potentiels de leur chance d'obtenir ce marché.

Indemnité

La Commission a adjugé au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'instruction de sa plainte.

Recommandations

Que le marché portant sur une enceinte à milieu ambiant contrôlé et accessible de l'extérieur, qui avait fait l'objet de la plainte, soit annulé. Si le besoin existait toujours, il devait faire l'objet d'un appel d'offres ouvert conformément aux dispositions de l'ALÉ. En outre, le raisonnement qui appuie la décision relative à l'enceinte à milieu ambiant contrôlé s'applique également à l'acquisition de l'incubateur. Par conséquent, l'annulation et la nouvelle procédure d'acquisition portaient aussi sur l'incubateur.

Mise en oeuvre

Le MAS n'a pas été en mesure de se conformer à la recommandation de la Commission d'annuler ce marché étant donné que le contrat avait été signé et que les biens demandés avaient été livrés et acceptés par le ministère demandeur.

Deux plaintes ont été déposées par Trenton Textile Mills Limited, de Trenton (Ontario), (D91PRF6621-021-0021 et F91PRF6621-021-0024), concernant l'achat, par le MAS, de tissu destiné à la fabrication de meubles par les Industries CORCAN (CORCAN) du Service correctionnel Canada (SCC). Étant donné que le plaignant estimait pouvoir fabriquer le tissu en question, il alléguait que le fournisseur à qui le marché avait été octroyé n'était pas un «fournisseur unique» et, par conséquent, il voulait faire partie des fournisseurs de tissu dont l'achat s'effectue au moyen de marchés exclusifs.

Décision

Le plaignant à obtenu gain de cause dans les deux cas. La Commission a fait remarquer que l'entité acheteuse avait eu une latitude suffisante pour décrire ses besoins de façon générique, y compris par l'utilisation des listes de matières premières, comme c'était le cas pour ces marchés. Toutefois, se fonder sur ce type de processus pour déclarer qu'une seule entreprise est en mesure de répondre au besoin et en faire un fournisseur unique ne peut pas être approuvé. Lorsqu'une entité a recours à un marché à fournisseur unique, elle doit avoir des justifications pertinentes et l'utilisation doit s'appliquer. Dans les deux plaintes en question, la Commission a conclu que les justifications évoquées étaient sans

fondement. En outre, étant donné qu'il s'agit de matières premières et non de produits ou de pièces de produits, lesquelles sont visées par une exigence du Code du GATT relatif aux marchés publics, les justifications ne s'appliquent pas.

Indemnité

La Commission a adjugé au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'instruction de sa plainte.

Recommandation

La Commission a recommandé que les marchés futurs relatifs à ces biens, dans des circonstances similaires, soient soumis à la concurrence conformément aux dispositions de l'ALÉ.

Mise en oeuvre

Le ministère des Approvisionnements et Services (MAS) et CORCAN (Service correctionnel Canada) ont révisé les procédures de passation des marchés relatifs aux opérations de production de CORCAN, et des pourparlers ont eu lieu concernant le besoin d'améliorer les descriptions des produits afin de permettre aux fournisseurs qualifiés de faire une soumission. Le MAS et CORCAN se penchent ensemble sur la question.

Une plainte a été déposée par Waters Chromatography division de Millipore Canada Limitée de Ville St-Laurent (Québec), (E91PRF6601-021-0022), concernant l'achat d'un appareil de laboratoire complexe destiné au ministère de l'Agriculture. Le plaignant alléguait que, bien que les procédures d'appel d'offres aient été menées de façon concurrentielle, le devis était rédigé de façon à exclure tous les fournisseurs potentiels sauf un.

Décision

La Commission a donné raison au plaignant. Elle a conclu que le devis était énoncé de façon à donner un résultat établi à l'avance, privant ainsi tous les autres fournisseurs potentiels de la chance d'obtenir le marché. Les preuves ont démontré clairement que le ministère demandeur a lancé un appel d'offres préalable, en privé, afin d'évaluer les produits vendus sur le marché susceptibles de répondre à ses besoins. Ayant bien cerné leurs besoins, les utilisateurs ont évalué rigoureusement les produits offerts sur le marché et ont conclu immédiatement qu'ils avaient trouvé le produit répondant le mieux à leurs besoins. Ils ont alors obtenu une proposition de prix, puis ont demandé au MAS de faire l'acquisition du produit. Obligés de recourir à un appel d'offres ouvert, les utilisateurs s'y sont conformés mais ont assorti leur devis de conditions essentielles, exprimées surtout en termes décrivant des caractéristiques du produit souhaité alors que des descriptions génériques auraient été possibles. La Commission a déclaré que les appels d'offres privés ou préalables sont interdits. Les appels d'offres doivent être

équitables et ouverts et toutes les conditions doivent être précisées à l'avance. Ils ne doivent pas se dérouler en privé et ne doivent pas être une simple formalité, les besoins réels et la justification des conditions essentielles n'étant exprimés que lorsqu'une plainte a été déposée.

Indemnité

La Commission a adjugé au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'instruction de sa plainte ainsi que pour la préparation de sa soumission.

Recommandation

La Commission a recommandé qu'un nouvel appel d'offres soit lancé après la préparation d'un devis exprimant fidèlement les besoins réels du ministère de l'Agriculture.

Mise en oeuvre

Le MAS a demandé au ministère de l'Agriculture de préparer un devis détaillé en vue d'un nouvel appel d'offres.

Analyse - Marchés d'exclusivité

Toutes les plaintes décrites ci-dessus traitent de l'utilisation conforme et justifiable des marchés exclusifs ou des appels d'offre unique. Étant donné l'importance et la fréquence de ces marchés, leur grande incidence sur les prix et sur la concurrence technique et administrative ainsi que les nombreuses plaintes qu'ils occasionnent, la Commission a longuement expliqué, dans sa décision du 28 janvier 1991 (E90PRF6601-021-0020, Enconaire, E90PRF6601-021-0021, Environmental Growth Chambers), son interprétation des exigences de l'Accord de libre-échange et du Code du GATT sur cette question.

En résumé, la Commission a insisté particulièrement sur le fait que la concurrence constitue la norme à la fois en vertu de l'ALÉ et du GATT. Les dispositions justifiant un appel d'offre unique sont peu nombreuses : a) aucune soumission n'est déposée en réponse à un appel d'offre fait selon une procédure ouverte ou sélective; b) il faut protéger des droits exclusifs; c) des raisons d'extrême urgence sont invoquées; d) il s'agit de livraisons supplémentaires à assurer par le fournisseur initial et portant sur des pièces de rechange pour des fournitures déjà faites ou des installations déjà livrées, ou destinées à compléter ces fournitures ou installations, et un changement de fournisseur aboutirait à la livraison de matériel non interchangeable avec le matériel existant; et e) pour des prototypes, de la recherche, des expériences, des études ou de premiers travaux de développement. Ces dispositions ont une portée très limitée et elles ne peuvent être invoquées qu'à titre exceptionnel et jamais dans le but d'éviter une concurrence optimale.

De toute évidence, les justifications des marchés exclusifs et des appels d'offre unique décrites aux alinéas 16 a) à e) de l'article V du Code du GATT sont expressément des règles

d'exception et, selon la Commission, ne devraient être invoquées que dans ces circonstances. Il est vrai qu'il existe des différences importantes entre les raisons justifiant les appels d'offre unique assujettis aux règlements de l'ALÉ et du GATT et les raisons semblables justifiant le recours à un fournisseur unique pour d'autres marchés du gouvernement du Canada qui ne sont pas assujettis à ces accords.

Ce régime double pourrait expliquer en partie la confusion qui règne dans ce domaine. Il faut toutefois souligner que, sous les deux régimes, les appels d'offres ouverts constituent la norme. De plus, la Commission a constaté, dans la plupart des affaires dont elle a été saisie, que les préférences des clients ou la commodité administrative sont très souvent les justifications invoquées pour recourir à un marché exclusif. Cependant, l'appel d'offre unique ne devrait être utilisé qu'en dernier ressort avec justifications à l'appui et, même alors, il devrait être transparent et faire l'objet d'un Préavis d'adjudication de contrat.

La Commission croit que la politique qui impose la concurrence ne devrait pas pouvoir être contournée facilement par un jugement interne du gouvernement sur ce que peut ou ne peut pas accomplir le secteur privé. Lorsqu'on procède par appel d'offres ouvert plutôt que par appel d'offre unique, les différences de prix sont considérables - jusqu'à 30 pour cent selon le dernier Rapport du vérificateur général du Canada.

Produire ou acheter

Deux plaintes ont été déposées par 99M Corporation de Markham (Ontario), (E91PRF6633-021-0011 et E91PRF6633-021-0012), concernant deux marchés exclusifs adjugés par le MAS pour des «cartes d'extension d'entrée/sortie à commande vocale» destinées au ministère du Revenu national (Impôt).

Le plaignant soutenait qu'il n'avait pas bénéficié d'une possibilité équitable de rivaliser avec des concurrents pour ces marchés bien qu'il soit un revendeur réputé de ce matériel modifié. Par la suite, le plaignant a précisé le fondement de sa plainte en déclarant qu'il n'avait pas l'intention de disputer au MAS le droit d'acheter du matériel directement de l'entreprise ayant obtenu le marché, soit Dialogic Corporation. Il s'interrogeait plutôt sur la possibilité qu'un ministère puisse utiliser ces cartes à la fois en tant que concepteur de système et utilisateur final. Autrement dit, le plaignant trouvait injuste que le gouvernement entre en concurrence avec le secteur privé.

Décision

La Commission a conclu que Dialogic Corporation fournit ses produits à des clients mais ne leur permet pas de les revendre s'ils n'ont pas été modifiés de manière à accroître la «valeur ajoutée». Étant donné que le ministère du Revenu national, dans ce cas,

s'occupe lui-même de l'intégration de ses systèmes, le MAS a conclu un marché exclusif avec Dialogic pour répondre à ce besoin. Comme la demande du gouvernement portait uniquement sur les cartes d'extension d'entrée/sortie, sans qu'aucune valeur n'y soit ajoutée, la Commission a décidé que le plaignant n'était pas un fournisseur potentiel, c'est-à-dire un soumissionnaire réel ou éventuel pour les biens demandés. Elle a donc rejeté les plaintes en vertu de l'article 15 de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange* (la *Loi*) et du paragraphe 2(2) du Règlement sur la Commission de révision des marchés publics.

Traitement des soumissions

Une plainte a été déposée par Fine Tool & Die Inc. de Scarborough (Ontario), (E91PRF66W-021-0013), concernant l'acquisition, par le MAS, de boulons pour aéronefs destinés au ministère de la Défense nationale.

Le plaignant soutenait que sa soumission n'avait pas été traitée convenablement par le MAS, que trois pages manquaient et aussi que le MAS l'avait avisé de l'absence de plans visant à fournir les directives de fabrication des boulons.

Décision

Au cours de l'enquête, le plaignant a écrit à la Commission pour indiquer qu'en ce qui concernait la première partie de sa plainte, il était parvenu à s'entendre avec le MAS, qui lui avait alors permis de fournir [TRADUCTION] «...une copie certifiée des pages transmises....» Le plaignant a confirmé à la Commission qu'il retirait cette partie de la plainte. En ce qui concerne la deuxième partie de la plainte, la Commission a conclu que les allégations sur l'absence de plans concernaient des événements qui ne s'étaient pas encore produits, soit l'adjudication du marché, et qui n'avaient donc pas pu priver le plaignant d'une chance équitable de soumissionner. La seconde partie de la plainte a été rejetée, n'ayant aucun fondement valable dans les circonstances.

Biens admissibles

Une plainte a été déposée par Buntin Reid Paper d'Ottawa (Ontario), (D91PRF66W-021-0010), concernant une offre permanente à adjuger par le MAS pour la fourniture de papier blanc destiné au ministère de la Défense nationale.

Le plaignant soutenait que le MAS avait imposé une pénalité de 10 pour cent sur le prix proposé parce que la «Déclaration des biens admissibles» dûment remplie n'avait pas été retournée avec la soumission. Le plaignant avait inscrit "0" pour les éléments étrangers à la première page de la Demande d'offre permanente (DOP). La DOP stipulait clairement que tout formulaire incomplet ou non retourné rendrait le produit «non

admissible». La «non admissibilité» du produit a entraîné l'ajout d'une pénalité de 10 pour cent sur le prix offert, aux fins de l'évaluation.

Décision

Même si la Commission a constaté que les documents de Demande de propositions n'étaient pas très clairs, elle a décidé que le plaignant, en ne tenant pas compte de l'avis, s'était exposé au risque. Le plaignant soutenait que l'agent des contrats aurait pu, sans risque d'erreur, conclure qu'il s'agissait d'un produit d'origine canadienne. La Commission a toutefois conclu que le MAS n'est pas tenu de présumer quoi que ce soit et l'avait indiqué clairement en insistant sur l'importance de signer la Déclaration des biens admissibles jointe à la demande de soumission. En outre, selon la Commission, il appartient au soumissionnaire de préciser l'origine des biens, particulièrement dans un marché de plus en plus international où le statut commercial des produits varie tellement. Finalement, le soumissionnaire doit attester que les renseignements fournis sur l'admissibilité des produits sont exacts car il s'agit d'un critère de l'ALÉ. Il faut être en mesure de prouver au partenaire commercial du Canada que ce critère est appliqué de façon uniforme, cette attestation pouvant s'avérer nécessaire si jamais des mesures d'exécution s'imposaient. L'agent des contrats a appliqué la directive du gouvernement avec rigueur et de façon équitable. La Commission a rejeté la plainte, l'enquête ayant révélé qu'elle était sans fondement valable.

Une plainte a été déposée par Jean Pierre Hamel Packaging Inc. d'Ottawa (Ontario), (D91PRF6666-021-0014), concernant un marché relatif à l'achat d'emballage d'envoi en carton ondulé autoadhésif devant être adjugé par le MAS.

Le plaignant soutenait qu'il était injuste de majorer sa soumission de 10 pour cent étant donné qu'il n'avait pas vu le formulaire de «Déclaration des biens admissibles» joint à la Demande de propositions, mais avait rempli la case de la première page de la Demande de propositions et avait inscrit "0" pour les éléments étrangers dans ses produits. En outre, le produit qu'il offrait était fabriqué par une société entièrement canadienne.

Décision

La politique du MAS consiste à considérer que tous les fournisseurs qui ne remplissent pas le formulaire 4079 «Déclaration des biens admissibles» et qui ne le joignent pas à leur soumission, offrent des biens non admissibles d'origine étrangère. En conséquence, une pénalité de 10 pour cent s'ajoute au prix offert, aux fins de l'évaluation. La Commission a décidé, comme dans l'affaire Buntin Reid décrite ci-dessus (D91PRF66W-021-0010), que le plaignant avait été averti assez clairement de l'importance de remplir le formulaire et de le joindre à sa soumission. En ne tenant pas compte de cette directive, le plaignant s'exposait au risque. La Commission a donc rejeté la plainte, par manque de fondement valable.

Évaluation des soumissions

Une plainte a été déposée par Nico-Arret Inc. de Montréal (Québec), (E91PRF6641-021-0003), concernant l'achat par le MAS de drapeaux canadiens à être tenus dans la main au nom du Secrétariat d'État du Canada.

Le plaignant soutenait que les motifs du refus de sa soumission étaient injustes et irresponsables étant donné que son offre était considérablement moins élevée que celle de l'entreprise ayant obtenu le marché. Même si les échantillons préalables fournis ne correspondaient pas au devis, le plaignant soutenait avoir offert de présenter un produit fini dans un délai de quatre jours.

Décision

Le plaignant a obtenu gain de cause. Cette affaire porte sur le sens qu'il faut donner au fait que le gouvernement a établi des conditions obligatoires et s'est ensuite accordé la latitude incontrôlée, sans en faire état publiquement, de rejeter une soumission et, ensuite, en se servant de manière incohérente de cette latitude, de donner une seconde chance à trois autres soumissionnaires. La Commission estime que ce marché n'aurait jamais dû être adjugé étant donné que, si les quatre sociétés avaient été traitées également et conformément aux conditions stipulées dans la Demande de propositions, aucune des quatre soumissions n'aurait été recevable.

Indemnité

La Commission a adjugé au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'instruction de sa plainte. Compte tenu du fait que le plaignant a été privé de la seconde chance donnée aux trois autres soumissionnaires, la Commission a aussi adjugé au plaignant ses frais raisonnables relativement à la présentation de sa soumission, le ramenant ainsi à la situation qui était la sienne avant le début du processus d'adjudication de ce marché.

Recommandation

Étant donné que les biens avaient déjà été livrés, la Commission n'a pas recommandé l'annulation de ce marché.

Avis de projet de marché

Une plainte a été déposée par Waters Chromatography division de Millipore (Canada) Ltd. de Mississauga (Ontario), (E91PRF6631-021-0002), concernant l'acquisition, par le MAS, de matériel scientifique (matériel de chromatographie liquide à haute performance) au nom du Conseil national de recherches du Canada.

Le plaignant prétendait qu'il n'avait jamais eu l'occasion de soumissionner pour ce marché, car aucun Avis de projet de marché n'était paru dans M[illegible]chés publics. Le MAS avait tout de mêm[illegible]jugé le marché.

Décision

La Commission a donné raison au plaignant. Le déclenchement, le déroulement et le dénouement insouciant de cette passation de marché sans qu'aucun Avis de projet de marché n'ait été publié dans la revue officielle enfreint les dispositions du chapitre des Marchés publics de l'ALÉ. La Commission a conclu qu'en négligeant de publier un Avis de projet de marché dans Marchés publics et en adjugeant un marché pour cet achat, le MAS n'a pas donné à tous les fournisseurs potentiels une chance équitable de répondre à l'étape de l'appel d'offres et de soumissions.

Les faits dans cette affaire indiquent qu'un appel d'offres ouvert a été lancé par inadvertance à cause d'une erreur de système. Lorsque ces faits ont été portés à l'attention du ministère par le plaignant, des excuses ont été présentées, mais il a été décidé de laisser les événements suivre leurs cours. La Commission ne pouvait pas aisément accepter qu'un fournisseur potentiel ayant déjà fait connaître son intention de soumissionner pour ce marché quelques mois plus tôt, puisse être ainsi privé de sa chance sans qu'on le dédommage. La Commission a remarqué qu'il existait un grand nombre de facteurs inconnus entre la grande probabilité d'une soumission de la part du plaignant et la probabilité inconnue d'obtenir le marché.

La soumission du plaignant aurait-elle été recevable? Dans l'affirmative, le plaignant aurait-il présenté l'offre la plus basse? Combien d'autres fournisseurs potentiels auraient soumissionné si un avis avait été publié? En admettant qu'il ait obtenu le marché et qu'il ait réalisé des bénéfices, quelle aurait été la marge bénéficiaire du plaignant? Le grand nombre d'inconnues et le manque de moyens concrets de connaître l'issue probable ne permettent pas de déterminer ces probabilités avec certitude.

Indemnité

La Commission a adjugé au plaignant le remboursement des frais entraînés par le dépôt et l'instruction de sa plainte.

Recommandation

Dans les circonstances, la Commission a conclu que le plaignant avait droit uniquement à des dommages-intérêts symboliques et les a évalués à 450 $, soit un montant équivalent à la valeur d'un abonnement d'un an à Marchés publics, ce qui constitue, après tout, des frais connus qu'a engagés le plaignant pour obtenir un bien dont il n'a pu se servir, dans ces circonstances, en raison d'une erreur du gouvernement.

Mise en oeuvre

Les dommages-intérêts ont été payés.

Questions de compétence

Pendant sa troisième année d'existence, la Commission a relevé plusieurs problèmes relatifs à l'interprétation de la Partie II de la *Loi de mise en oeuvre de l'ALÉ* et d'instruments connexes. Dans tous les cas, on mettait en doute la compétence de la Commission dans certaines circonstances. Un

résumé de ces questions est fourni dans le présent rapport.

Passation de marchés par des agents

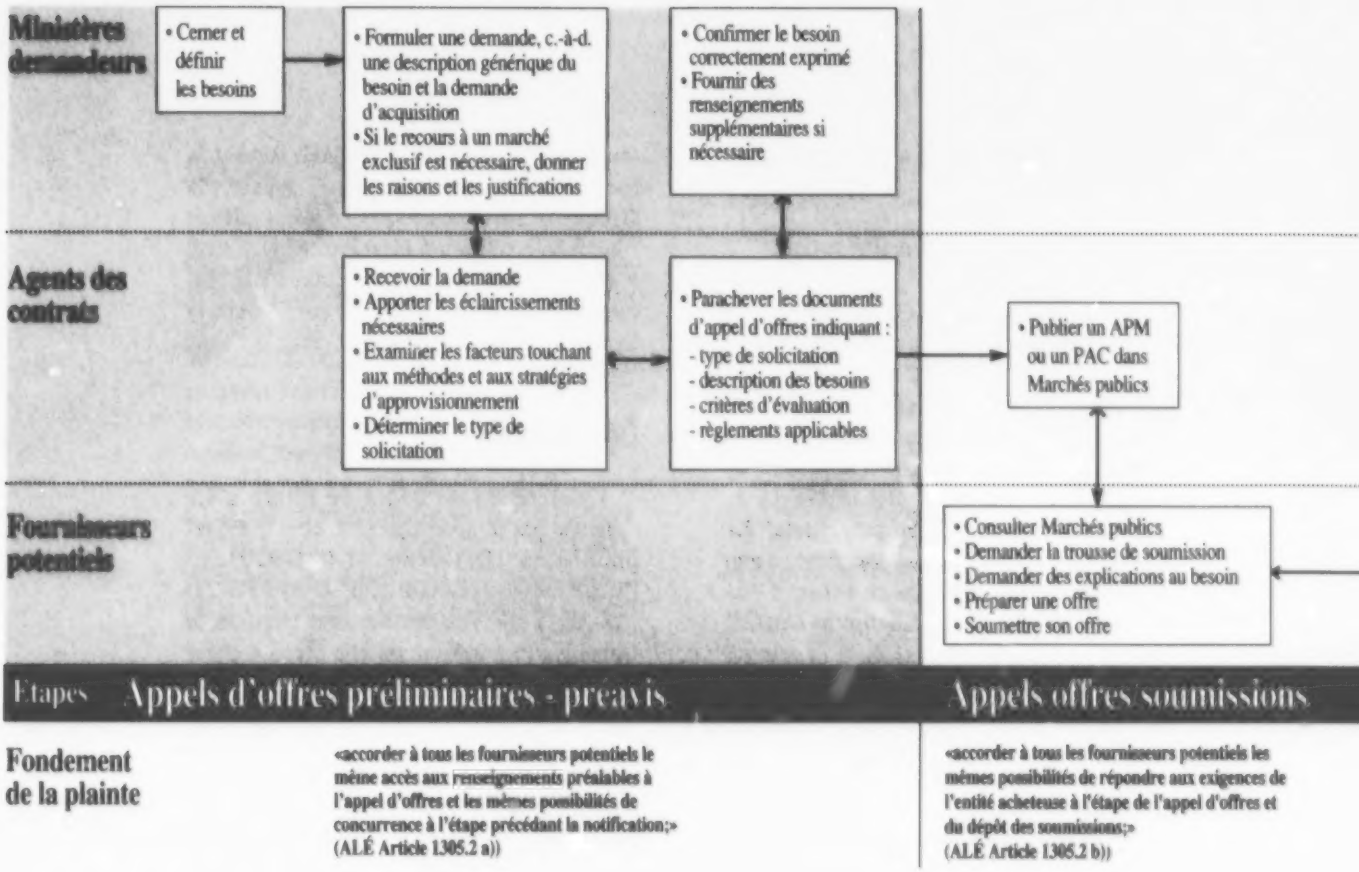
La compétence de la Commission a été contestée dans les plaintes n° D90PRF6631-021-0017 et n° D90PRF6631-021-0018. Dans ces affaires, on a allégué que les plaintes ne relevaient pas de la compétence de la Commission, étant donné que la procédure de passation de marché avait été lancée par la SEDCO, une société d'État provinciale. La Commission a fait remarquer que, dans ce cas, le marché visait à satisfaire un besoin d'une institution fédérale, c'est-à-dire le Conseil national de recherches (CNR) et que ce dernier est une entité canadienne visée et figurant dans l'annexe 1304.3 de l'ALÉ. Par conséquent, tous ses achats de biens visés par l'accord doivent s'effectuer conformément aux dispositions de l'accord. Selon la Commission, le fait que l'agent du CNR ait été un organisme non fédéral ne permet pas à l'organisme gouvernemental de se soustraire à l'obligation de se conformer à l'ALÉ.

Passation de marchés par crédit-bail

Une question de compétence secondaire a été soulevée relativement aux affaires ci-dessus. L'intimé alléguait que le marché du genre de celui qui faisait l'objet de la plainte (location de locaux avec équipement) n'était pas visé par l'ALÉ étant donné qu'il s'agissait d'un marché de services. La Commission a conclu que l'entente en question portait sur la location : a) d'un petit espace de laboratoire supplémentaire; et b) de deux chambres de croissance et d'une salle de croissance. De toute évidence, ce marché visait surtout la location de l'équipement. Aussi, la Commission a-t-elle décidé que le cas relevait bien de sa compétence étant donné que l'ALÉ s'applique aux marchés adjugés par des méthodes comme l'achat, le crédit-bail, la location et la location vente, avec ou sans option d'achat.

Dépôt en retard

La question du dépôt en retard a été soulevée par le gouvernement dans quelques plaintes (n° E91PRF6641-021-0003, n° E91PRF6631-021-0002 et n° D91PRF6621-021-0021). Afin de clarifier cette question, la Commission a indiqué qu'elle prend à coeur sa responsabilité qui consiste, d'une part, à fournir un «service convivial» pour le plaignant, et d'autre part, à respecter la nécessité pour le gouvernement de réaliser ses programmes d'approvisionnement sans être inutilement retardé, tout en se conformant à l'article 23 du Règlement qui traite du Délai de dépôt de la plainte. La Commission sera guidée par ces principes. Toujours à ce sujet, la Commission a indiqué qu'à son avis, le gouvernement n'a rien à gagner en invoquant systématiquement la question de compétence pour les dépôts en retard étant donné que la Commission examine à fond cet aspect de sa compétence au début du processus d'enquête sur chaque plainte. Si le gouvernement considère que la Commission a mal exercé son pouvoir discrétionnaire, la Commission considère que ces objections pourraient être réglées plus efficacement par la Cour fédérale du Canada, le cas échéant.



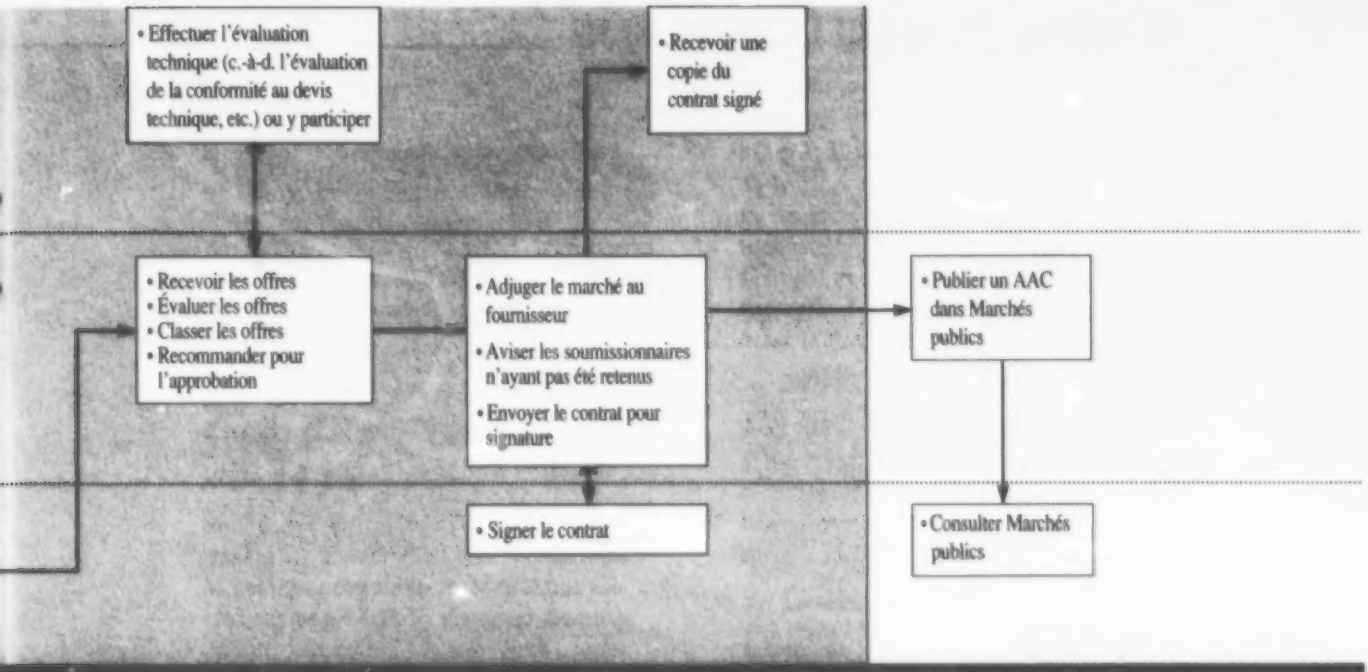
Processus d'appel d'offres et d'adjudication de marchés

Le diagramme ci-dessus a pour seul objectif d'aider le lecteur à comprendre le processus d'appel d'offres et d'adjudication des marchés. Par conséquent, il n'est pas détaillé et ne fait pas autorité. Il décrit les principales activités de chacune des personnes clés et les situe chronologiquement dans les quatre étapes du processus. Il décrit aussi, pour chaque étape du processus, les obligations du gouvernement envers les fournisseurs potentiels en vertu de l'article 1305 de l'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis. Tout manquement à ces obligations constitue un motif de plainte valable. Quelques définitions et renseignements sommaires sur un certain nombre d'acronymes fréquemment utilisés figurent également ci-dessous.

MINISTÈRE DEMANDEUR :
Tout organisme ou entité gouvernemental, ainsi que les entités qui leur ont succédé, figurant dans la liste du Canada à l'annexe 1304.3 de l'ALÉ.

AGENT DES CONTRATS :
Toute personne ou organisme autorisé à passer un marché pour un ministère demandeur ou à sa demande.

FOURNISSEUR POTENTIEL :
Soumissionnaire réel ou éventuel du Canada ou des États-Unis dont l'intérêt économique direct



«pour les décisions touchant la qualification des fournisseurs potentiels, l'évaluation des soumissions et l'adjudication des contrats, utiliser des critères
i) qui répondent le mieux aux exigences spécifiées dans la documentation relative à l'appel d'offres,
ii) qui ne privilégient d'aucune façon ses propres produits, et
iii) qui sont clairement spécifiés à l'avance;» (ALÉ Article 1305.2 c))

«promouvoir la concurrence en rendant disponibles des informations sur l'adjudication des contrats à l'étape suivant l'adjudication.» (ALÉ Article 1305.2 d))

pourrait être ou a été touché par l'adjudication ou la non-adjudication d'un marché.

APM :
Avis de projet de marché. Un avis qui constitue une invitation à participer à un appel d'offres ouvert et qui contient normalement une description de l'objet du marché proposé, les délais pour la soumission des offres et l'adresse où les trousses de soumission peuvent être obtenues. Ces avis sont publiés dans Marchés publics, en général 40 jours avant la clôture des soumissions.

PAC :
Préavis d'adjudication de contrat. Un avis de l'intention du gouvernement d'adjuger un contrat par marché exclusif. En plus de préciser pour quelles raisons le gouvernement entend avoir recours à un fournisseur unique, cet avis est conçu pour attirer l'attention des fournisseurs potentiels afin que, selon le cas, le gouvernement puisse les considérer à titre de fournisseurs potentiels.

AAC :
Avis d'adjudication de contrat. Avis publié dans Marchés publics dans les 60 jours suivant l'adjudication d'un marché, qui indique le fournisseur ayant obtenu le marché, les biens acquis et la valeur du marché.

MARCHÉS PUBLICS :
Publication quotidienne d'Approvisionnements et Services Canada, où paraissent les avis officiels conformément à l'ALÉ et au GATT.

Attributions de la Commission

Établie en vertu de la Partie II de la *Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange*, la Commission est un tribunal administratif indépendant qui ne s'intéresse directement aux marchés publics que pour assurer un traitement équitable aux fournisseurs désirant faire affaire avec le gouvernement du Canada.

La Commission a le pouvoir d'une cour supérieure d'archives en ce qui concerne la comparution, la prestation des serments et l'interrogatoire des témoins, la production et l'examen de pièces et l'exécution de ses ordonnances.

Les fournisseurs canadiens et américains qui croient ne pas avoir été traités équitablement par des institutions fédérales canadiennes au cours du processus de soumission ou d'adjudication des marchés peuvent se plaindre par écrit à la Commission dans les délais prévus au Règlement. Celui-ci exige que les affaires dont est saisie la Commission soient *«traitées de façon aussi informelle et expéditive que les circonstances et le souci d'équité le permettent.»*

La Commission accepte d'entendre la plainte d'un plaignant s'il a présenté, dans les délais prescrits, tous les documents valides nécessaires. Lorsqu'elle doit décider si elle enquêtera sur une plainte, la Commission se fonde sur les facteurs suivants :

1. la valeur estimative du marché doit se situer entre 29 000 $ et 204 000 $ au moment de l'appel d'offres (valeur rajustée tous les deux ans);

2. les biens sont achetés par une des entités admissibles (qui comprennent la plupart des ministères et quelques organismes fédéraux comme la Société canadienne des postes, mais excluent Transports Canada, Pêches et Océans Canada et Communications Canada ainsi que les biens jugés nécessaires à la sécurité et à la défense nationales);

3. il s'agit d'un marché de biens, c'est-à-dire que toute partie relative à des services doit être accessoire à l'acquisition de biens et correspondre à moins de 50 pour cent de la valeur totale du marché;

4. le plaignant est un fournisseur potentiel, soit un soumissionnaire réel ou éventuel ayant un intérêt économique direct dans le marché.

Lorsque la Commission décide d'entreprendre une enquête et qu'un marché n'a pas encore été adjugé, la *Loi* prévoit que la Commission peut ordonner à l'entité gouvernementale de retarder l'adjudication du marché à moins que celle-ci n'atteste que «*l'adjudication du contrat est urgente ou qu'un report serait préjudiciable à l'intérêt public.*»

La Commission doit rendre une décision dans les 90 jours civils après la réception d'une plainte complète et valide. Une autre disposition prévoit une «procédure expéditive» qui réduit de moitié les délais prescrits.

La Commission peut recommander à l'organisme acheteur de prendre certaines mesures correctives, notamment de réévaluer les soumissions ou de lancer un nouvel appel d'offres, ou de résilier le contrat et d'adjuger le marché au plaignant, ou d'indemniser celui-ci. Elle peut aussi adjuger des frais raisonnables liés à la présentation de la plainte et à la préparation de l'offre. La Commission peut par ailleurs rejeter la plainte.

Dans toute décision écrite, la Commission peut présenter des recommandations à une institution fédérale au sujet de tout aspect de ses marchés publics.

La *Loi* prévoit qu'une institution fédérale doit s'efforcer de donner suite, dans la mesure du possible, aux recommandations de la Commission. Toute institution fédérale qui n'a pas l'intention de donner suite à toutes les recommandations doit justifier sa décision dans un délai de 10 jours. La Commission doit en faire rapport au Parlement dans son rapport annuel, ainsi que des détails de toutes les autres affaires dont elle a été saisie pendant l'année. Tout refus d'accepter les recommandations de la Commission n'a aucun effet sur l'adjudication des frais.

Fonctionnement de la Commission

L'organisation

La Commission peut compter jusqu'à cinq commissaires, y compris un président, nommés par le gouverneur en conseil pour un mandat d'une durée maximale de cinq ans. Le mandat est toutefois renouvelable. Conformément au Règlement, ils doivent connaître les marchés publics et posséder une expérience pertinente. La Commission relève du Parlement par l'entremise du ministre des Consommateurs et des Sociétés. Premier dirigeant de la Commission, le président est responsable des activités de celle-ci. En 1991, le président était le seul membre nommé de la Commission.

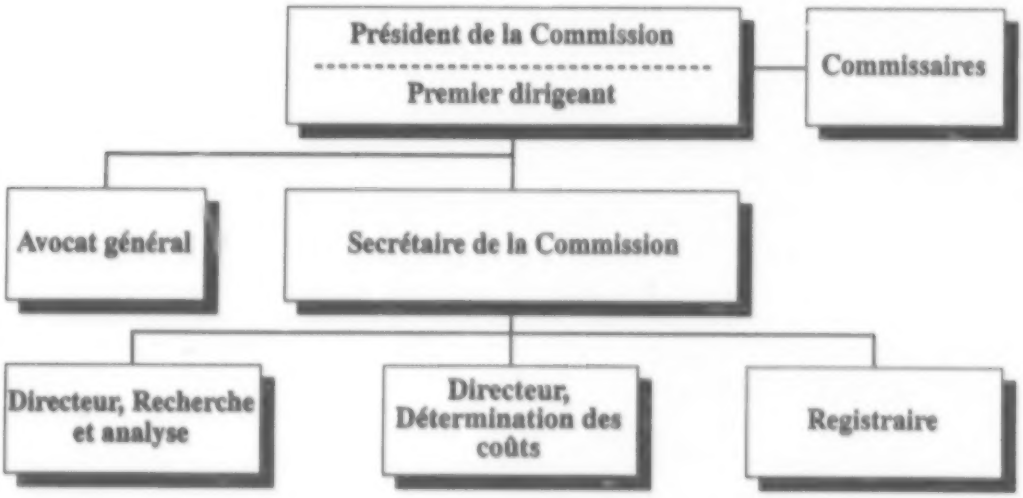
Sous la direction générale du président, le secrétaire de la Commission assure les services de soutien courants nécessaires à l'organisation, notamment en donnant des conseils, en surveillant les activités techniques d'enquête sur les plaintes et en coordonnant les activités de communication de la Commission. De plus, le secrétaire dirige le personnel, gère le budget et supervise la rédaction du rapport annuel.

L'avocat général relève du président et donne à la Commission et à son personnel des avis juridiques sur des questions de droit, de procédure et d'interprétation.

Le directeur, Recherche et analyse, enquête sur les plaintes de fournisseurs potentiels et prépare les affaires dont la Commission sera saisie.

Le directeur, Détermination des coûts, aide la Commission à déterminer, le cas échéant, le montant des dommages-intérêts demandés par le plaignant qui devraient être versés.

Le registraire se charge de toute la correspondance et la documentation de la Commission et prend les dispositions nécessaires à la tenue des audiences.



Le processus

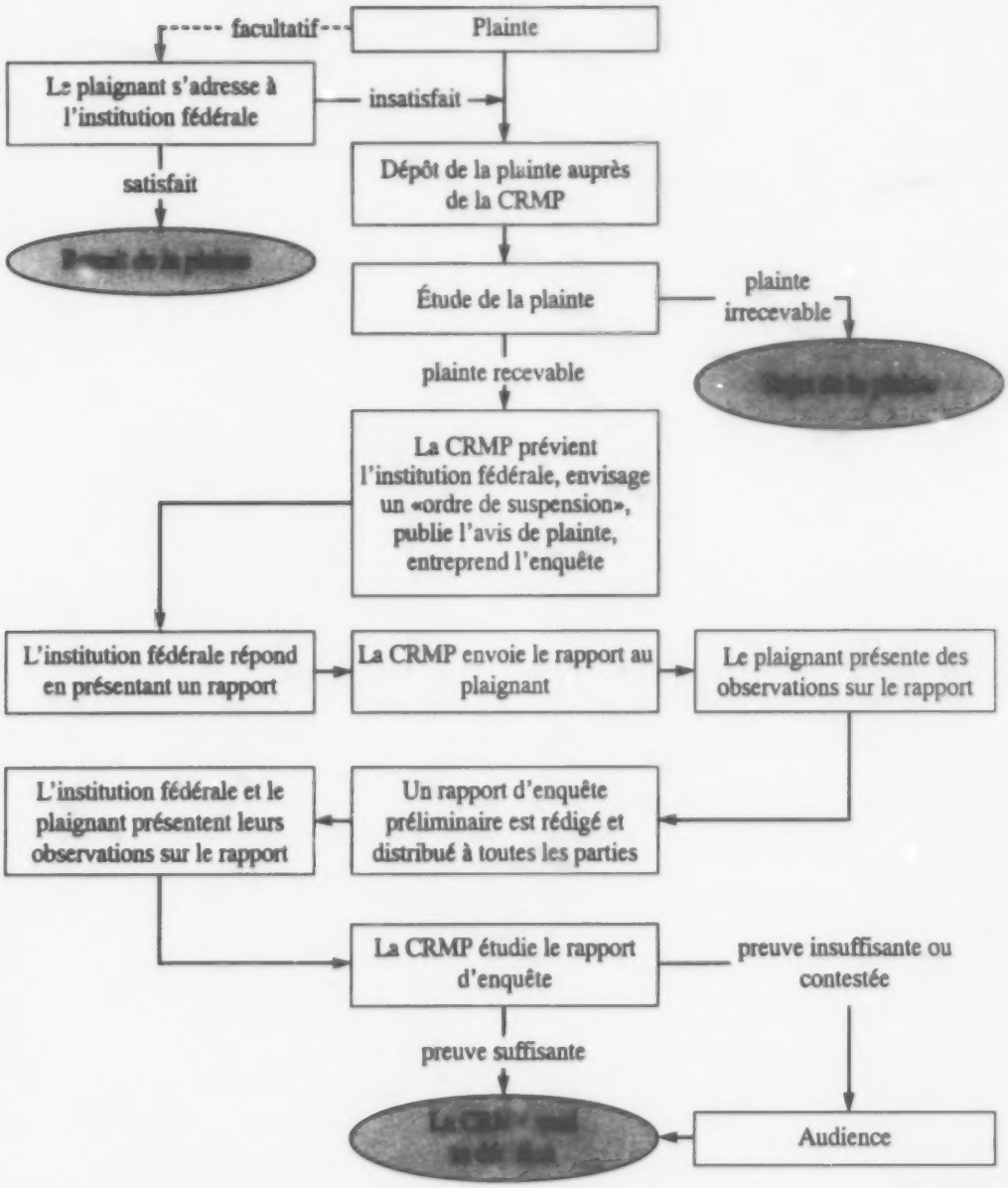
Il s'agit d'un processus engagé par le dépôt d'une plainte par un fournisseur. Lorsque la plainte est fondée (voir le diagramme ci-dessous), un fournisseur potentiel a deux choix. Il peut présenter sa plainte à l'institution fédérale intéressée ou en saisir d'abord la Commission de révision des marchés publics.

Si le plaignant n'est pas satisfait de la réponse reçue de l'institution fédérale ou s'il décide de ne pas s'adresser à cette institution et dépose sa plainte directement à la Commission, celle-ci l'étudie conformément à son Règlement. Elle l'examine d'abord en fonction des critères de dépôt et prévient le plaignant de toute lacune dans sa plainte afin de permettre à celui-ci d'y remédier avant l'expiration du délai prescrit. Lorsque la plainte est admissible telle que présentée, la Commission en accuse officiellement réception auprès du plaignant et en envoie une copie à l'institution fédérale.

Conformément à son Règlement, la Commission a cinq jours pour déterminer si la plainte est recevable ou irrecevable. Au cours de cette période, la Commission détermine si elle ordonnera à l'institution fédérale de retarder l'adjudication du marché jusqu'à la fin de l'enquête. (Si l'institution fédérale atteste par écrit, dans les deux jours, que le marché est urgent ou qu'un retard nuirait à l'intérêt public, la Commission ne donne pas l'«ordonnance de suspension» mentionné ci-dessus.)

La Commission examine les aspects de la plainte qui portent sur la compétence, c'est-à-dire la valeur estimative du marché et l'admissibilité du marché et du fournisseur. Si la plainte a été présentée dans les délais prescrits et si elle satisfait aux critères établis dans le Règlement de la Commission, l'enquête commence. Si, par contre, la plainte est jugée irrecevable (p. ex., parce que la Commission n'est pas habilitée à trancher la question ou que la plainte est frivole, vexatoire ou présentée de mauvaise foi), la Commission la rejette.

Le cheminement d'une plainte



Si la plainte est jugée recevable, la Commission en transmet une copie à l'entrepreneur (le cas échéant) et à tout intervenant consigné au dossier. Un avis officiel de la plainte paraît dans la Partie I de la Gazette du Canada et dans la revue «Marchés publics».

Conformément au Règlement de la Commission, l'institution fédérale a 25 jours après avoir reçu sa copie de la plainte pour présenter à la Commission un rapport et répondre aux allégations. La Commission transmet une copie du rapport de l'institution fédérale au plaignant, qui dispose de sept jours pour présenter des observations. Celles-ci sont communiquées à l'institution fédérale et à tout intervenant.

En même temps, le personnel de la Commission mène une enquête en interviewant les parties ou les particuliers qui peuvent fournir d'autres preuves et indications. À cette fin, la Commission peut aussi examiner différents dossiers et obtenir d'autres documents.

Une fois cette étape de l'enquête terminée, un rapport d'enquête préliminaire est préparé et distribué à toutes les parties et à tout intervenant consigné au dossier. Les parties disposent de cinq jours pour soumettre leurs observations sur le rapport. Après ces cinq jours, la Commission examine le rapport d'enquête constitué du rapport d'enquête préliminaire, des observations des parties sur ce rapport, du rapport de l'institution fédérale et des observations du plaignant sur ce rapport. La Commission analyse ensuite les renseignements recueillis et détermine si elle a maintenant assez de preuves pour se prononcer ou si elle doit tenir une audience, par exemple, lorsque certains éléments de preuve ne sont pas clairs ou sont contestés. Si elle décide de tenir une audience, la Commission en informe les parties intéressées et convoque les témoins pertinents.

La Commission rend ensuite sa décision qui peut comprendre des recommandations destinées à l'institution fédérale et l'adjudication de ses frais au plaignant à qui elle donne raison.

Annexe A

Résumé des plaintes, 1989-1991

ANNÉES	1989	1990	1991	TOTAL
PLAINTES TRANCHÉES SANS DÉCISION ÉCRITE				
Entente entre les parties	2		1	3
Hors de la compétence de la Commission	3	6	12	21
Retirées			2	2
Dépôt en retard		1	2	3
Sans fondement valable			4	4
Abandonnées en cours de dépôt		2	3	5
PLAINTES TRANCHÉES PAR DÉCISION ÉCRITE				
Sans fondement valable		1	3	4
Ne venant pas d'un fournisseur potentiel			2	2
Auxquelles la Commission a fait droit	2	11	5	18
NOMBRE TOTAL DES PLAINTES	7	21	34	62

Annexe B

État financier

En milliers de dollars

	Prévisions 1991-1992	Chiffres réels 1990-1991
Personnel	**796**	**867**
Biens et services		
Transports et communications	**100**	**62**
Information	**95**	**31**
Services professionnels et spéciaux	**211**	**123**
Locations	**15**	**6**
Réparation et entretien	**5**	**2**
Services publics, matériel et fournitures	**35**	**32**
Subventions et autres paiements	**10**	**2**
	471	**258**
Total des frais de fonctionnement	**1 267**	**1 125**
Immobilisations	**20**	**17**
Total du programme	**1 287**	**1 142**
Années-personnes	**10**	**10**

Annexe C

Commission de révision des marchés publics du Canada

COMMISSION

Gerald A. Berger, président et premier dirigeant
Nancy Gabler, secrétaire

PERSONNEL DE LA COMMISSION

Jean Archambault, secrétaire de la Commission
Allan Cracower, avocat général
Randolph W. Heggart, directeur (Recherche et analyse)
Barry McBride, directeur (Détermination des coûts)
Danielle Beaulieu, registraire
Karen Blackburn
Marie Chalifoux
Estelle Lane
Sandra McNeil
Jo-Ann Tremblay

Adresse postale de la Commission :

Commission de révision des
marchés publics du Canada
C.P. 1533
Succursale B
Ottawa (Ontario)
K1P 6P6

Adresse de la Commission :

5e étage
60, rue Queen
Ottawa (Ontario)

Téléphone : (613) 990-1988
Télécopieur : (613) 992-3686

Remarque : Les plaintes officielles devraient être adressées à l'attention du REGISTRAIRE à une des adresses ci-dessus.